

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE POSGRADOS

**El deber de prevención del empleador como garantía del Derecho a
la Seguridad y Salud en el Trabajo y las responsabilidades
empresariales en la Comunidad Andina**

María Gabriela Martínez Fegan

**Darío Álvarez, Ing. MSc., Director de Trabajo de
Titulación**

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del Título de
Magíster en Seguridad, Salud y Ambiente

Quito, noviembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

El deber de prevención del empleador como garantía del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo y las responsabilidades empresariales en la Comunidad Andina

María Gabriela Martínez Fegan

Darío Alvarez, Ing., MSc.

Director de Trabajo de Titulación

Carlos Ruiz Frutos, Ph. D.

Director de la Maestría en Seguridad, Salud y Ambiente de la Universidad de Huelva y Miembro del Comité de Trabajo de Titulación

José Antonio Garrido Roldán, MSc.

Coordinador Académico de la Maestría en Seguridad, Salud y Ambiente de la Universidad de Huelva y Miembro del Comité de Trabajo de Titulación

Luis Vásquez Zamora, MSc.-DPLO-FPhD

Director de la Maestría en Seguridad, Salud y Ambiente de la Universidad San Francisco de Quito y Miembro del Comité de Trabajo de Titulación

Gonzalo Mantilla, MD-Med-FAAP

Decano del Colegio de Ciencias de la Salud

Fernando Ortega, P., MD., MA., Ph.D

Decano del Colegio de Salud Pública

Victor Viteri Breedy, Ph.D.

Decano del Colegio de Posgrados

Quito, noviembre de 2014

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: _____

Nombre: María Gabriela Martínez Fegan

C. I.: 1714336540

Lugar: Quito Fecha: 20 de noviembre de 2014

DEDICATORIA

A mi padre, Andrés, por permitirme culminar mis estudios, encaminarme por la dirección del saber y ser mi gran compañero de lucha día a día. A mi madre, Gabriela, por ser esa fuente de abrazos y amiga de veladas compartidas durante todos mis años de estudio y esfuerzo académico. A mi hermana Daniela por ser mi conciencia en los momentos de error y quien me insta al debate para obtener diversas perspectivas, además por ser mi mejor amiga incondicional. A mi hermana Julia, por demostrarme que siempre se puede aprender más y por todo su cariño infinito. Finalmente, a Ramiro, mi compañero de vida, mi alma gemela, por ser mi fuente de inspiración, enseñarme a mirar con objetividad y por luchar conmigo de la mano. A todos.

AGRADECIMIENTOS

Gracias a todas las personas que me instaron a iniciar este proceso académico. A mi padre por introducirme en el mundo de la Seguridad y Salud Ocupacional. Al Doctor Luis Vásquez por haberme motivado a inscribirme en este máster apenas el día que nos conocimos. Gracias al Señor Ingeniero Darío Álvarez por saberme guiar durante el proceso de elaboración de este trabajo de investigación. Finalmente, gracias a los miembros del cuerpo docente de esta maestría por compartir su conocimiento a todos los estudiantes.

Resumen

Las actividades modernas y los procesos de industrialización a partir del Siglo XX provocaron la exposición de la fuerza laboral a peligros inherentes a su trabajo poniendo en riesgo su seguridad y salud. En virtud de esto, se ratificaron instrumentos internacionales que reconocieron la protección de la seguridad e higiene como un derecho fundamental de los trabajadores, así como la obligación de los Estados de adoptar medidas progresivas para garantizar el goce efectivo de este derecho. En base a los principios, los Estados trasladan a los empleadores el cumplimiento de estándares mínimos y deberes jurídicos como mecanismo de garantía. Así, las infracciones y sanciones en materia preventiva corresponderán a los sistemas jurídicos propios de cada Estado. En este trabajo se estudia el alcance de las responsabilidades empresariales –por acción u omisión- en caso de incumplimiento de los deberes jurídicos de prevención en el marco de la Comunidad Andina. Además, se plantean los límites a la facultad sancionadora de los Estados y los principios de limitación como el principio de legalidad, reserva de ley y protección a la seguridad jurídica de los ciudadanos. En virtud de esto, se expone lo lineamientos comunes que han reconocido las legislaciones con miras para el desarrollo de una normativa común.

Abstract

Modern activities and the industrialization process experienced from the Twentieth Century led to the unnecessary exposure of the workforce to hazards at their workplace, attempting to their safety and health. As a response, international treaties and conventions were adopted by States, in which declared Safety and Health at Work as a human right, considering the obligation of warranty by progressive actions assumed by States. In compliance with general principles, States Parties extent their duties to employees. As a consequence, violation and its penalties will be ruled in each State legal systems. This academic work studies the employee's responsibilities in case of violations to the Occupational Safety and Health general duty clause in the scope of the Andean Community. Besides, principles that restrain the punitive faculty of States have been studied as the principle of legality, legal reserve and principle of certainty. Once analyzed this information, general guidelines that are conceived in each Party legal system are exposed as a reliable basis for a communitarian law.

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	7
Abstract.....	8
1. CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN	11
1.1. Objetivos	11
1.1.1. Objetivos Generales:	11
1.1.2. Objetivos específicos:.....	11
1.2. Antecedentes	11
1.3. Justificación	14
1.4. Contexto y Marco Teórico	15
1.4.1. Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interamericano: <i>Aproximación al derecho a la seguridad y salud en el trabajo</i>	15
1.4.2. El entendimiento de la “seguridad e higiene” dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en el Sistema Interamericano	18
1.5. La seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de Organización Internacional del Trabajo (OIT)	20
1.6. Reconocimiento normativo del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo en la Comunidad Andina.....	25
1.6.1. Colombia	30
1.6.2. Ecuador.....	32
1.6.3. Perú.....	36
1.7. La Seguridad y Salud en el Marco de la Integración Económica	37
2. CAPÍTULO 2 METODOLOGÍA	40
2.1. Tipo de investigación.....	41
2.2. Recolección y procesamiento de información	41
2.2.1. Fuentes primarias	41
2.2.2. Fuentes secundarias	41
3. CAPÍTULO 3 DISCUSIÓN Y RESULTADOS	43
3.1. El empresario como sujeto de responsabilidad.....	43
3.2. Reserva de ley	47
3.3. Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo	55
3.4. Principio de Responsabilidad Solidaria	58
3.5. Principio General de Prevención	63

3.5.1. Obligaciones del Empleador de acuerdo a la Decisión 584 del Acuerdo de Cartagena	67
3.5.2. Concepto de Infracción en Materia Preventiva	70
3.5.3. Niveles de incumplimiento y Niveles de Sanción	71
3.6. Legislación y sanciones administrativas	74
3.7. Legislación y sanciones civiles	95
3.8. Indemnización laboral a favor del trabajador	106
3.9. Legislación y sanciones penales	111
4. CAPÍTULO 4 CONCLUSIONES	121
4.1. Limitaciones del Estudio	126
4.2. Recomendaciones para futuros estudios	127
5. REFERENCIAS	129

1. CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN

Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia al ser parte de la Comunidad Andina se encuentran dentro de una subregión que supone una armonización legal, sobre todo cuando existen instrumentos andinos como Decisiones y Reglamentos Supranacionales que rigen a los países. Sin embargo, a nivel comunitario existe una evidente dispersión jurídica y las sanciones a las que es sujeto el empleador pueden ser o bien muy leves o excesivas. Por una parte, observamos excesivas responsabilidades que alcanzan la responsabilidad penal del empleador como consecuencia de la presunción de responsabilidad y por otra parte, sistemas jurídicos que contemplan sanciones leves que deja en riesgo al trabajador.

1.1. Objetivos

1.1.1. Objetivos Generales:

- a. Identificar los lineamientos generales en materia de responsabilidad empresarial por muerte en Seguridad y Salud en el Trabajo en la Comunidad Andina.

1.1.2. Objetivos específicos:

- a. Determinar qué responsabilidades empresariales (penales, administrativas, civiles y laborales) se contemplan en los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina.
- b. Proponer lineamientos comunes aplicables a las responsabilidades empresariales con miras a una armonización jurídica de la Comunidad.

1.2. Antecedentes

La aplicación de la Seguridad y Salud Ocupacional recae sobre la obligación de propiciar un medio ambiente de trabajo sano del empleador y en el derecho que tienen los trabajadores a trabajar en un ambiente sano. Al ser una obligación que el Estado traslada al

empleador, ¿hasta dónde debe ser responsable éste? Con esta premisa, se debe tomar en cuenta que dentro de una relación de dependencia laboral es el empleador quien debe garantizar las condiciones adecuadas de trabajo so pena de sanciones administrativas, penales, civiles y laborales. El derecho a la seguridad y salud se ha tratado desde la concepción del mundo en base a los derechos fundamentales de las personas desde 1948, en el período postguerra, y ha evolucionado hasta la actualidad como herramienta de competitividad dentro del mercado global.

Dentro del contexto del continente americano, el primer documento aceptado internacionalmente que reconoce el derecho a la seguridad y salud en el trabajo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948. En este mismo sentido nace la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José.

Como instrumento complementario al Pacto de San José, nace el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, adoptado en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. En este protocolo los Estados se comprometieron a adoptar, de manera progresiva, las medidas necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo, entre ellos en el artículo 7 se establece que los Estados reconocen el derecho al trabajo y condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo para ello, establece el literal e) *“los estados garantizan en sus legislaciones nacionales de manera particular, la seguridad e higiene en el trabajo.”* Atendiendo a esto, los Estados (incluyendo Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia) aceptaron la obligación de generar normas locales que se encaminen a la protección del trabajador en lo que respecta a Seguridad y Salud Ocupacional.

El 07 de mayo de 2004 se publicó y promulgó la Decisión 584 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que corresponde al “Instrumento Andino de

Seguridad y Salud en el Trabajo”. Este instrumento comunitario se fundamenta en el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la región andina, que se relaciona esencialmente con el trabajo decente a través del impulso y garantía de la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Como consecuencia, todos los Países Miembros de la Comunidad Andina se encuentran obligados a adoptar medidas que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores, entendiéndose que todos se rigen bajo la normativa comunitaria.

Cuando hablamos de normativa en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo se hace alusión a dos tipos de normas. La primera, del área laboral o social, que pretenden establecer las condiciones mínimas y generales de seguridad en el trabajo. Son estas normas las que buscan evitar el “dumping social”, es decir la ventaja comparativa que podría representar para un sector menores costos de producción debido a estándares y condiciones de trabajo menos estrictas. Mientras que los segundos tipos de normas se encuentran relacionadas con la seguridad de los productos. Esto se encuentra íntimamente relacionado a la integración económica regional y su tendencia a la reducción de aranceles y crecimiento de las restricciones técnicas no arancelarias. Entendiéndose éstas como un requisito previo a la integración económica. (López Varcárcel, 1996)

Las integraciones económicas y la experiencia dictan que éstas se han dado en función de competencias reducidas a política monetaria y a la circulación de mercaderías. Durante la última década se ha tratado la armonización de política de empleo o social. Esto es a la homogeneización de programas y acciones cualitativas y cuantitativas sobre el empleo. Las acciones a tomar deben encaminarse a la reducción de desequilibrios dentro de los mercados y de costos sociales. (Freyssinet, 2004)

Si comparamos los sistemas jurídicos vigentes en materia de Seguridad y Salud en el trabajo se evidencia que cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina tiene sus propios sistemas de gestión reconocidos en su legislación interna. En este mismo sentido el entendimiento de este derecho y las responsabilidades de los empleadores por incumplimiento se han tratado de diversas maneras. La aplicación de los conceptos

jurídicos a fin de atribuir responsabilidades a los empresarios han sido mayormente interpretados desde el campo laboral y civil, sin embargo existe la tendencia de países, como Ecuador y Perú, a atribuir responsabilidad penal del empleador en caso de fallecimiento del trabajador en ejercicio de sus funciones laborales.

Como consecuencia, la dispersión jurídica en materia de responsabilidades afecta la armonización legal y homogeneización de prácticas sociales sobre el empleo dentro de la integración andina. Por esto, es imperante que se estudie la normativa internacional y comunitaria desde los conceptos de responsabilidad de la Seguridad y Salud en el Trabajo dentro de la Comunidad Andina, así como proponer lineamientos comunes que se encamine dentro del marco de la globalización e integración regional.

Por esto, este trabajo académico tiene como objetivo determinar la importancia de establecer lineamientos comunes, establecer un marco conceptual y jurídico en materia de Seguridad y Salud en Trabajo dentro de la Comunidad Andina. Para esto, se propone elaborar un estudio desde la concepción e interpretación de este Derecho Social, elaborar un tratado comparativo sobre las responsabilidades empresariales en caso de muerte por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la Comunidad Andina y proponer lineamientos comunes en materia de responsabilidad empresarial por muerte en Seguridad y Salud en el Trabajo.

1.3. Justificación

En el mundo de la globalización es indispensable que la tendencia de los Estados se encamine no sólo a una integración económica sino a la armonización de políticas sociales y de empleo a fin de homogeneizar la cadena productiva y de consumo. Al ser la Seguridad y Salud una herramienta de productividad laboral y de control del trabajo digno, es imperante que los empleadores dentro de una subregión como la Comunidad Andina tengan no sólo obligaciones similares, sino que las sanciones a las que se ven impuestos tengan una similitud. En este sentido, no tendría mayor sentido que las mismas obligaciones sean sancionadas o bien leves o excesivas. Por esto, se debe garantizar el reconocimiento de los

derechos de los trabajadores, la aplicación de conceptos fundamentales armonizados y, a su vez, las responsabilidades que genera el incumplimiento.

1.4. Contexto y Marco Teórico

1.4.1. Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interamericano: *Aproximación al derecho a la seguridad y salud en el trabajo*

Es importante empezar de manera general por los principales instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas, continuar con los que se especifican las prestaciones, la protección de los derechos del trabajador y finalmente culminar con la prevención de riesgos de trabajo. Así, de manera deductiva lograremos entender el porqué de la protección a los trabajadores y empleadores de las posibles contingencias en el lugar de trabajo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948, es el primer instrumento internacional, con trascendencia histórica, que reconoció la dignidad como un elemento intrínseco de la familia humana. Dentro del texto aprobado en la Asamblea, en su parte resolutive proclamó a la Declaración Universal como un instrumento que debería ser asegurado por los Estados a través de medidas progresivas, reconocidas y aplicadas efectivamente.

La Declaración Universal nace después de la Segunda Guerra Mundial y se consolida como el instrumento marco que delimita los derechos fundamentales del hombre. Así, establece en el artículo primero que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”*, seguido en su artículo tercero establece: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”* y el artículo décimo cuarto establece que *“toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”*.

Esta protección a los individuos se encuentra relacionada y ampliada al individuo dentro de su entorno de trabajo en el artículo 23 que establece “*1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.*” Este reconocimiento de derechos se convirtió en una herramienta de progreso social, que permitiría elevar el nivel de vida de la población mundial a través del compromiso internacional de los Estados.

En esta misma línea nace la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia en 1948. Así, establece en el artículo primero que “*todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*” y el artículo décimo cuarto establece que “*toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]*”. Esta protección a los trabajadores se amplía y relaciona con el artículo décimo sexto, relativo al derecho a la seguridad social, el cual establece que “*toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia*”. Entendiéndose, que por excelencia, la seguridad social está destinada para proteger a las personas contra las consecuencias de la incapacidad producida por circunstancias ajenas a su voluntad.

Habiéndose declarado por los Estados los derechos y libertades fundamentales, nace la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José. Es a través de este instrumento, que los Países Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) ratificaron su intención de garantizar a sus poblaciones mecanismos efectivos que permitan el goce efectivo de sus derechos fundamentales. La Convención Americana establece en su artículo primero que:

1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda*

persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Este instrumento debe entenderse esencialmente como el reconocimiento de los Estados como garantes de los derechos fundamentales. De esta manera, en el artículo segundo de la Convención Americana, los Estados reconocen la obligación de adoptar medidas constitucionales y legislativas para hacer efectivos los derechos y libertades.

En este sentido y atendiendo a la voluntad de los Estados, nace el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, adoptado en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. En este protocolo los Estados se comprometieron a adoptar, de manera progresiva, las medidas necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo, entre ellos en el artículo 7 se establece que los Estados reconocen el derecho al trabajo y condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo para ello, establece el literal e) *“los estados garantizan en sus legislaciones nacionales de manera particular, la seguridad e higiene en el trabajo.”* Es en base a esta obligación internacional que los Estados Americanos deben generar instrumentos legales y de obligatorio cumplimiento en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Es decir que los Estados (incluyendo Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia) aceptaron la obligación de generar normas locales que se encaminen a la protección del trabajador en lo que respecta a Seguridad y Salud Ocupacional. El artículo 9 del Protocolo de San Salvador sobre el derecho a la Seguridad Social que cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, este derecho cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en caso de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional. Para concluir este reconocimiento jurídico a nivel interamericano, es imperante mencionar que éste es un derecho humano y categorizado dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) sobre los que se deberán tomar medidas progresivas a fin de lograr su efectividad.

1.4.2. El entendimiento de la “seguridad e higiene” dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en el Sistema Interamericano

Cabe tratar como un tema independiente y a gran profundidad el concepto de los derechos sociales, ya que su tratamiento goza de una gran particularidad que se analiza en este acápite. Los DESC son controlados supervisados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe y han sido reconocidos dentro del Protocolo de San Salvador fundamentado en la Convención Americana en su Art. 26 que dispone:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, [...]

Para entender el concepto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales debemos partir de la premisa que la modernidad exige una concepción del mundo con un enfoque basado en los derechos humanos y ciudadanía social. Esto es la creación de un marco conceptual y normativo del desarrollo humano fundamentado en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según este enfoque, las políticas públicas y las estrategias adoptadas por los Estados deben encontrar cabida en los estándares internacionales de promoción y protección de los derechos fundamentales. Además, se debe entender el concepto de “ciudadanía social” como la posesión de derechos sociales que tienen los individuos, permitiendo el ejercicio de ciudadanía, combatiendo las desigualdades que generan las fuerzas del mercado y la economía, de tal manera que se encamine al reconocimiento de la igualdad sustancial del ciudadano. (Parra Vera, 2008. Pp. 17) Es en este sentido que los derechos sociales deben entenderse como los derechos asociados a una persona que permitan el ejercicio real del individuo como parte de una unidad social y, además, se debe reconocer la exigibilidad de los mismos. (Parra Vera, 2008. Pp.20) Como consecuencia, los sistemas internacionales han desarrollado estándares

de aplicación global que, además de ser directrices de aplicación de estos derechos sociales, se convierten en una pauta legal para monitorear, fiscalizar y aplicar efectivamente el control sobre las políticas públicas.

En base al Art.26 de la Convención Americana los Estados adoptaron una obligación de tomar medidas progresivas para hacer efectivos el goce de los DESC, posteriormente reconocidos en el Protocolo de San Salvador. En virtud de esto, la ratificación del Protocolo Adicional significó la reiteración en la voluntad de los Estados para emprender acciones que garanticen progresivamente el ejercicio de los DESC. Como consecuencia, esto significa que los Estados se someten al control y acciones contenciosas y exigibles dispuesto por el Sistema Interamericano.

Si bien a través del Protocolo no se establecen deberes específicos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, si se debe interpretar como la prohibición para los Estados de perjudicar, abstenerse o realizar acciones positivas que pudieran sacrificar el ejercicio de estos derechos para las poblaciones. Por otra parte, los deberes y fuentes para el desarrollo de estos derechos se encuentran reconocidos a través de directrices provenientes de organizaciones relevantes en la materia y que gozan de legitimidad (*soft law*) (Parra Vera, 2008. Pp.43), como la Organización Internacional del Trabajo. Así, la abstención de tomar medidas recomendadas en materia de DESC, o bien tomar medidas que disminuya su goce, podría ser un hecho de disputa ante la Corte Interamericana y a su vez en la conclusión de una sanción al Estado incumplido (Parra Vera, 2008. Pág. 88). De aquí se derivan dos principios de aplicación de estos derechos: el principio de protección progresiva y la prohibición de regresividad.

El Principio de protección progresiva supone dos conceptos fundamentales: la gradualidad y el progreso. Siendo la primera la obligación de tomar medidas adecuadas paulatinamente en el tiempo, y el segundo la obligación de que estas medidas se adopten consistentemente y promuevan la eficacia de los derechos. (Parra Vera: Pág.138) Como consecuencia, se puede evidenciar una flexibilidad otorgada a los Estados para la adopción de medidas, lo que atiende a la variabilidad de la situación económico-social de cada país,

es decir de su realidad. Por otra parte, el principio de prohibición de regresividad surge como un medidor del progreso en materia DESC. Esto en el sentido que la forma más adecuada para ponderar el progreso es mediante la verificación de acciones no regresivas, siempre que el Estado no haya justificado la falta de medidas en el agotamiento de sus recursos. Esto nos obliga a señalar, que la prohibición de regresividad tiene una salvedad:

“[S]i la medida regresiva en relación a un derecho se adopta a efectos de posibilitar la satisfacción de otros derechos o su goce de modo más igualitario y, teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta el Estado, tal medida era ineludible para lograr los objetivos antedichos, entonces no se estará incumpliendo el Pacto.” (Parra Vera, 2008. Pp. 140)

1.5. La seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Considerando la urgencia de mejorar las condiciones de trabajo, la garantía de un salario vital, la libertad sindical y la garantía de los derechos fundamentales del hombre, nace la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como una entidad conexas a la Organización de Naciones Unidas (ONU), de ahí que los Estados Miembros de la OIT sean todos aquellos miembros de las Naciones Unidas.

La OIT tiene potestad normativa de conformidad con el Art.19 de su Constitución, ya sea con la publicación de convenios o recomendaciones. Siendo los primeros de carácter jurídicamente vinculante y las recomendaciones como *soft law* y aclaran sobre el objeto de convenios, alcance, sugerencias relevantes y deben ser sometidas ante las autoridades competentes de cada Estado Miembro.

Dentro de la Constitución de la Organización, adoptada mediante la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, celebrada el día diez de mayo de 1944, se promulgó la Declaración

de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y se recogió como principio fundamental la obligación de fomentar programas que permita “*proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones;*”. (Conferencia General OIT, 1944)

Esta obligación se definió por el Comité Mixto OIT/ OMS (Organización Mundial de la Salud) durante su primera reunión en 1950. Su fin es lograr la promoción y el mantenimiento del mayor grado de bienestar físico, mental y social de todos los trabajadores, de cualquier tipo de trabajo. La actividad normativa en materia de SST de la OIT ha evolucionado desde su primera declaración original hasta la actualidad. La Organización Mundial señala que dentro de los 84 años de actividad normativa se ha evidenciado que la creación de Convenios y Recomendaciones son una muestra de la evolución histórica, identificativos de eras, fases del progreso científico, tecnológico e industrial. (Conferencia Internacional del Trabajo Informe VI, 2003. Pp. 13)

Durante los primeros años de la OIT, la reglamentación en la materia se centró en la seguridad de fábricas y la protección contra sustancias específicas y peligrosas como por ejemplo el Convenio sobre el Benceno Número 136. En la década de 1930 había una perspectiva sectorial más amplia como higiene en oficinas de trabajo y la seguridad en la construcción. En este sentido, las normas fueron haciéndose más específicas atendiendo a los tipos de trabajo de cada era histórica y las necesidades de la industria. Durante la fase de reconstrucción de la Segunda Guerra Mundial nacen los Reglamentos Tipo como repertorios de recomendaciones prácticas que pretendían servir de orientación y no generaban obligación jurídica alguna para los Estados Miembros de la Organización. (Conferencia Internacional del Trabajo Informe VI, 2003. Pp. 13)

En la etapa de la posguerra se planteó la necesidad de contar con servicios de salud en el trabajo. Hasta el año 1970 se mantuvo este criterio y empezó a aparecer la preocupación y se dio énfasis en la protección contra el cáncer profesional. En el año 1975 durante la Conferencia Internacional del Trabajo, 60ª Reunión, celebrada en Ginebra se adoptó la Resolución sobre la Acción Futura de la OIT en Materia de Condiciones y Medio

Ambiente de Trabajo en donde se pidió a los Estados Miembros que se adopten políticas nacionales y a nivel de empresa. (Conferencia Internacional del Trabajo Informe VI, 2003. Pp. 15)

La materia de Seguridad y Salud se tornó un tema más general a partir del año 1977 con el Convenio sobre Medio Ambiente de Trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones) Núm. 148. En este mismo sentido, general, nace el Convenio Núm. 155 en 1981 Seguridad y Salud de los Trabajadores. Éste último representó una innovación en la materia, ya que fue un convenio que no se enfocó en la creación de obligaciones especiales sino que se convirtió en un instrumento de política. Es decir que exhortó a la creación de políticas en materia de SST y generó la obligación de formular, aplicar y examinar las mismas. Las políticas y acciones que obligó esta normativa era sobre aquellas tendientes a prevenir accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo y que, guarden relación con la actividad laboral, reduciendo al mínimo las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo. (Conferencia Internacional del Trabajo Informe VI, 2003. Pp. 16)

Es a partir la década de 1970 que los Convenios en SST tomaron una nueva tendencia. Consistió en la comprensión de la evolución de las sustancias en la industria, el desarrollo de procesos y técnicas. Por esto, resultó imperante que se adoptaren normas más flexibles que permitan la armonización del cambio y la previsión de exámenes periódicos a la normativa. Se exhortó a la toma de acciones a nivel de empresa como se puede observar en el Convenio Núm. 148 sobre la “Protección de los Trabajadores contra los Riesgos Profesionales debidos a la Contaminación del Aire, el Ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo”, del 20 de Junio de 1977, y en el Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores de 1981 (núm. 155) sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo. (Conferencia Internacional del Trabajo Informe VI, 2003. Pp. 16)

Por ejemplo en el Art. 6 del Convenio 148 señala:

1. *Los empleadores serán responsables de la aplicación de las medidas prescritas.*

2. *Siempre que varios empleadores realicen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo, tendrán el deber de colaborar para aplicar las medidas prescritas, sin perjuicio de la responsabilidad de cada empleador respecto de la salud y la seguridad de los trabajadores que emplea. En los casos apropiados, la autoridad competente deberá prescribir los procedimientos generales según los cuales tendrá lugar esta colaboración.*

Asimismo, el Convenio 155 en su Artículo 16 señala:

1. *Deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores.*
2. *Deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los agentes y las sustancias químicos, físicos y biológicos que estén bajo su control no entrañan riesgos para la salud cuando se toman medidas de protección adecuadas.*
3. *Cuando sea necesario, los empleadores deberán suministrar ropas y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de efectos perjudiciales para la salud.*

Como se puede observar, los instrumentos internacionales trasladan la obligación de gestión a los empleadores. Asimismo, reconocen obligaciones de los trabajadores, es decir acciones conjuntas dentro de un sistema compartido y de gestión. Sin embargo, el reconocimiento de acciones no se queda en la esfera empresarial, sino que refiere a los Estados la facultad y potestad de adopción legislativa y reglamentaria, así como el control de aplicación. Uno de los mecanismos de control reconocidos son los sistemas de inspección y la previsión de sanciones adecuadas en caso de infracción a las leyes y reglamentos de conformidad con los Artículos 8 y 9 del Convenio Núm. 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo.

En materia de inspección, se han celebrado dos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. El Convenio Núm. 081 sobre la Inspección del Trabajo de 1947 y el Convenio Núm.129 sobre la Inspección del Trabajo (Agricultura) de 1969. Dentro del Convenio Núm. 081 el ámbito de aplicación es al sector industrial y comercial, y dice dentro del Artículo 3 lo siguiente:

1. El sistema de inspección estará encargado de:

(a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;

(b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;

(c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes. [...]

Mientras que el ámbito de aplicación del Convenio Núm. 129, de conformidad con su primer artículo, es el de la inspección al sector de *“empresas o partes de empresas que se dedican a cultivos, cría de ganado, silvicultura, horticultura, transformación primaria de productos agrícolas por el mismo productor o cualquier otra forma de actividad agrícola.”* Faculta un sistema de inspección con el objeto de acción similar al contemplado en el Art. 3 del Convenio Núm. 081.

La Organización del Trabajo ha publicado en total 8 Convenios fundamentales, 4 Convenios Prioritarios o de Gobernanza y 177 Convenios Técnicos a fin de fomentar el trabajo decente y sano. De los países miembros de la Comunidad Andina, en relación a los Convenios Técnicos que se han mencionado en este acápite tanto Ecuador, Colombia, Bolivia y Perú no ratificaron el Convenio Núm. 155, mientras que únicamente Ecuador ratificó el Convenio Núm. 148. En cuanto a Convenios Prioritarios, el Estado de Colombia

ratificó el Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (núm. 81), excluyendo la parte II en el año 1967, ratificó el Convenio sobre la Inspección del Trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129) en el año 1976 y el Convenio sobre la Consulta Tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144) en 1999.

Por otra parte, la República de Ecuador ratificó el Convenio sobre la Inspección del Trabajo en 1981, el Convenio sobre la Política del Empleo, 1964 (núm. 122) en 1972 y el Convenio sobre la Consulta Tripartita en 1979. Perú, por su parte, ratificó el Convenio Núm. 081 en el año de 1960, el Convenio Núm.122 en el año 1967 y el Convenio Núm. 144 en el año 2004. Finalmente, la República Plurinacional de Bolivia ratificó el Convenio Núm. 081 en 1973, el Convenio Núm.122 en 1977 y el Convenio Núm. 129 en el año 1977. Sin embargo, todos los Estados Miembros de la Comunidad Andina han ratificado los ocho instrumentos fundamentales sobre trabajo forzoso, libertad sindical, negociación colectiva, igualdad de remuneración, abolición de trabajo forzoso, discriminación, edad mínima y sobre las peores formas de trabajo infantil.

La Comunidad Andina tiene armonizado el sistema de inspecciones de trabajo en las que se incluyen aquellas relativas a la seguridad e higiene dentro del sector de la industria y comercio. Esto nos da un horizonte de que todos los miembros deberían contar con un sistema suficiente de inspección que permita la observación y control del cumplimiento de normativa en materia de Seguridad y Salud.

1.6. Reconocimiento normativo del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo en la Comunidad Andina

El 07 de mayo de 2004 se publicó y promulgó la Decisión 584 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que corresponde al “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”. Este instrumento comunitario se fundamenta en el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la región andina, que se relaciona esencialmente con el trabajo decente a través del impulso y garantía de la protección de la seguridad y salud en el trabajo. La Decisión 584 exhorta a los Países Miembros de la

Comunidad Andina a tomar las medidas necesarias para mejorar las condiciones laborales y así elevar el nivel de protección de la integridad física y mental de los trabajadores. Como consecuencia, el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo pretende ser la herramienta legal que establece normas fundamentales y permite consolidar una base mínima para armonizar normativa de producción interna en cada uno de los Países Miembros en materia de seguridad y salud en el Trabajo.

En su Art. 2, la Decisión 584 establece que este instrumento tiene por objeto

[...] [P]romover y regular las acciones que se deben desarrollar en los centros de trabajo de los Países Miembros para disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador, mediante la aplicación de medidas de control y desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

Es importante tomar en cuenta que la norma comunitaria establece que la seguridad y salud en el trabajo se aplica a todas las ramas de actividad económica en los Países Miembros y a todos los trabajadores.

En el Art.4 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo se establece la “Política de Prevención de Riesgos Laborales”, que consiste en poner en práctica y revisar periódicamente las políticas nacionales de mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Además, establece que los sistemas de seguridad y salud en el trabajo se fundamentan en los principios básicos de eficacia, coordinación y participación de los actores involucrados con el fin de elaborar normativa interna que contenga los mínimos legales que reconoce el Instrumento Andino en su artículo séptimo. Este instrumento establece obligaciones mínimas que deben cumplir las empresas, partiendo de la premisa que en todo lugar de trabajo se deben tomar medidas tendientes a disminuir los riesgos laborales.

Por otra parte, el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo establece normas fundamentales en lo respecta a la protección de trabajadores con discapacidad,

factores de riesgo que pueden incidir en la procreación de los trabajadores y trabajadoras, labores peligrosas durante el período de embarazo y lactancia. Reconoce la prohibición de la contratación de niñas, niños y adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas.

Asimismo, la norma comunitaria reconoce la facultad a los Países Miembros para adoptar medidas de sanción a quienes infrinjan los requisitos comunitarios mínimos y reconoce la facultad para ordenar la paralización total o parcial de las labores en un centro de trabajo (incluso el cierre definitivo) cuando exista una violación grave a las normas de seguridad y salud, y ésta constituya un peligro inminente para los trabajadores. Finalmente, el Instrumento Andino crea el Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST), como ente encargado de asesorar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión en materia de Seguridad y Salud en el espacio de la Comunidad Andina. Siendo deseable que el Comité Andino participe efectivamente en la promoción y aplicabilidad del Instrumento Andino estimulando a los Estados Miembros a generar normativa interna. Asimismo, creando instrumentos que permitan rendir cuenta a los Estados del avance en la materia y además que exhorte a la creación de grupos de trabajo de expertos que asesoren al Comité (Hiba: Pág.20).

En cumplimiento con la Primera Disposición Transitoria de la Decisión 584 “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”, con fecha 23 de septiembre de 2005 se resolvió mediante Resolución 957 de la Secretaria General de la Comunidad Andina el Reglamento del Instrumento Andino. La Resolución 957 pretende instrumentar y reglamentar las normas básicas establecidas en la Decisión 584, así establece que los Países Miembros deben desarrollar Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo tomando en cuenta los siguientes aspectos: 1) Gestión Administrativa, 2) Gestión Técnica, 3) Gestión del Talento Humano y 4) Procesos Operativos Básicos.

Además, el Reglamento instrumenta los Servicios de Salud en el Trabajo bajo el criterio de “prevención” y de manera multidisciplinaria. Establece las funciones del Servicio de Salud, las funciones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo y determina

medidas de protección a los trabajadores. Es esencial conocer que este instrumento reconoce el principio de responsabilidad solidaria, es decir que “*los empleadores, empresas, contratistas, subcontratistas, enganchadores y demás modalidades de intermediación laboral*”¹ son solidariamente responsables frente a los trabajadores de acuerdo a lo que establezcan las normas de producción interna de cada País Miembro.

Habiéndose mencionado el reconocimiento legal del derecho a la seguridad y salud ocupacional en la Comunidad Andina, es preciso mencionar las características de las normas de este ordenamiento jurídico. La norma comunitaria goza de una identidad propia que le permite generar efectos y obligaciones. Las características propias son a) supranacionalidad, b) intangibilidad, c) carácter vinculante, d) preeminencia, e) aplicabilidad directa, f) de efectos inmediatos y g) autonomía. La supranacionalidad contempla la existencia de un órgano o sujeto internacional que cuenta con una personalidad única, al que los Estados han trasladado parte de su soberanía para que ciertas decisiones sean aceptadas por todos los países de la región (Scueltzer: Pág.150). La intangibilidad del ordenamiento jurídico andino prohíbe a los Países Miembros la modificación en todo o en parte de las normas adoptadas por órganos supranacionales, siendo la Comisión el órgano máximo del Acuerdo con capacidad legislativa en materia de sus competencias exclusivas (Sentencia 5-IP-95). En este sentido, las decisiones o normas generadas en el marco andino tienen fuerza vinculante para los Estados Miembros y además prevalece por sobre la norma de producción interna.

Estas características de vinculante, preeminencia, aplicabilidad directa y de efectos inmediatos se encuentran contemplados en el Art.2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

-Art.2 Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

¹ Secretaría General de la Comunidad Andina. *Resolución 957, Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Lima, Perú: 23 de septiembre de 2005. Artículo 18.

*Art. 3 Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán **directamente aplicables** en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.*

Finalmente, la autonomía de la que goza el ordenamiento jurídico andino alude a que la disposición de normas, decisiones y resoluciones gozan de independencia frente a las autoridades de los Países Miembros y no está sujeto a la normativa de producción interna de cada uno de los Estados signatarios. Es decir un poder autónomo al servicio de la integración social regional. Así, en el ordenamiento jurídico andino se contempla el reconocimiento del derecho humano fundamental reconocido como un Derecho Económico, Social y Cultural a la Seguridad e Higiene en el Trabajo. Además, existe normativa comunitaria que debe aplicarse como norma superior, contemplarse en las legislaciones de producción interna y cumplirse por todos los Estados Miembros.

Habiéndose delimitado el marco jurídico, es importante destacar en qué medida se efectiviza el cumplimiento de estos derechos. En el sentido que el reconocimiento legal no significa una garantía del cumplimiento de los DESC. Como órganos fiscalizadores y de control, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Representación Regional para América Latina y el Caribe en conjunto con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Programa Regional para América Latina y el Caribe, desarrolló la Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989 - 2004). Dentro de estas observaciones se contempla el cumplimiento del Derecho a la Seguridad e Higiene en el Trabajo. Esto es una visión global al cumplimiento de los DESC y a continuación se hará una breve sinapsis de la realidad de los países de la Comunidad Andina en materia de este derecho hasta las observaciones de la Comisión.

1.6.1. Colombia

En Colombia, la prevención de riesgos laborales tiene un primer momento que inicia a finales del siglo XIX y se extiende hasta mediados del siglo XX. En este período la participación del Estado se limitó a la inspección y vigilancia de la higiene, y del medio ambiente de trabajo como causas de enfermedad. En este momento, la Constitución Colombiana de 1886 se le especificaba como materia de salubridad pública en la actividad industrial y profesional, además reconocía la asistencia pública a los “incapacitados” para trabajar. La primera norma de accidentes de trabajo que debían ser indemnizados se contempló en la ley 57 promulgada en 1915. Esta ley contemplaba la reparación de daños y generaba responsabilidad al empleador como persona natural o jurídica dueña de las industrias o el Estado. (Orjuela, 2009)

Luego de una década, en 1924 se crea la Oficina General del Trabajo, el Estado procura regular las relaciones laborales a través de la publicación de decretos y leyes en un nuevo marco que generó mayores propuestas de acción por parte del movimiento obrero. Esto generó la activación de huelgas de fábricas, trilladoras y de transporte. Estos conflictos se ampliaron al sector petrolero y bananero terminando en la “masacre de las bananeras”. (Orjuela, 2009) Esto permitió un movimiento obrero más consolidado y respetado, para que posteriormente en 1945 con la promulgación de la Ley 6 se organice la legislación laboral. La misma que obedeció a la reglamentación de contratos, jornada laboral, se regula la participación de los empleadores y obreros en toma de decisiones para el mejoramiento de condiciones de trabajo.

La creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ICSS) en 1946, a través de la Ley 90 fue un acontecimiento relevante para el mejoramiento de las condiciones de trabajo. Éste constituyó el sistema de seguridad social y contaba con autonomía financiera para otorgar prestaciones como pensiones, de riesgos profesionales y cesantías. En 1965 nace la Sección de Salud Ocupacional, que posteriormente en 1993 se convirtió en Aseguradora de Riesgos Profesionales (ARP) para amparar a los afiliados contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Orjuela, 2009). En este sentido nacen resoluciones de las entidades públicas como la Resolución 001016 de 1989,

en la que se obliga los empleadores a contar con un programa de Salud Ocupacional. Además, exhorta al empleador a contar con los recursos necesarios para el efectivo cumplimiento del programa. La Resolución 2400 de 1979 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, conocida como el "Estatuto General de Seguridad", establece disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo.

El Decreto 1295 del 22 de junio de 1994, reglamentario de la Ley 100 (publicada en 23 de diciembre de 1993) estableció el Sistema General de Riesgos Profesionales en su Art.1 como:

El conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que pueden ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.

Este Sistema, de conformidad con su Art.3 de su campo de aplicación, se aplica a “*todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general.*”

A pesar del desarrollo normativo y de gran avance en Colombia, en el año 2004 la población económicamente activa cifrada por el DANE alcanzó 20.256.561 millones de personas, sin embargo la afiliación al sistema benefició únicamente al 23% que laboraban en 396000 empresas.

Es decir, se excluyó a las tres terceras partes de la población económicamente activa, cobertura que históricamente ha permanecido si variaciones como lo reflejan las estadísticas en años anteriores y por ende fuera de cualquier alcance de las acciones de los componentes de prevención o promoción y de los entornos de trabajo saludable. (Orjuela, 2009)

Como complemento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales examinó el cuarto informe periódico de Colombia sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/4/Add.6) en sus sesiones 61ª y 62ª, celebradas el 14 de noviembre de 2001 (E/C.12/2001/SR.61 y 62), y aprobó las observaciones finales que figuran a continuación en sus sesiones 85ª y 86ª celebradas el 29 de noviembre de 2001 (E/C.12/2001/SR.85 y 86). En este sentido el Comité presentó en su Informe, dentro de la Observación No.18 que: *“la aplicación y vigilancia de las medidas de salud y seguridad en el trabajo no ha llegado al nivel conveniente debido, entre otras cosas, a la insuficiencia de inspectores laborales.”* (CDESC, 2004)

1.6.2. Ecuador

Al igual que en Colombia, en Ecuador los orígenes de la Seguridad Social se remontan al S.XX cuando inicia el desarrollo industrial y como consecuencia los accidentes de trabajo y las reclamaciones de los afectados. En el año 1928 se publicó el Decreto No.18 con la Ley de la Caja de Pensiones, constituyéndose ésta como una entidad aseguradora con patrimonio propio, independiente y autonomía administrativa, que beneficiaba a los empleados públicos. (Vásquez, 2004)

El primer cuarto del S.XX, durante la Revolución Juliana se establecieron nuevos cambios como la creación del Ministerio de Previsión Social y Trabajo en 1925, la creación de la Inspección de Trabajo en 1926. Asimismo, se promulgó la Ley de Prevención de Accidentes de Trabajo, la Ley de Responsabilidad por Accidentes de Trabajo y se crea la Caja del Seguro. Por décadas en Ecuador, existió dos Cajas de seguridad social, una Caja de Pensiones para los empleados públicos y la Caja del Seguro, creada en febrero de 1937 cuando se reforma la Ley del Seguro Social Obligatorio, que beneficiaba a trabajadores privados. Finalmente en el año 1963 se conforma la Caja Nacional del Seguro Social que estableció nuevas prestaciones y mayor cobertura. (Vásquez, 2004)

La primera compilación de legislación laboral nació el 5 de agosto de 1938 cuando se expide el primer Código de Trabajo y abarca las normas dispersas que abundaban en el país. Éste constituye la compilación de las normas laborales en Ecuador y le da mayor fortaleza al movimiento obrero. Es a partir de esta promulgación que se reconoce el derecho a la asociación laboral, derechos sindicales, y otros beneficios sociales que alentaron a la fuerza laboral (Vásquez, 2004).

Mediante Decreto Supremo No.40, publicado con fecha 10 de julio de 1970 se dispuso la transformación de la Caja Nacional del Seguro Social al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social reconociendo la protección de sus afiliados contra las contingencias ocasionadas por Riesgos del Trabajo.

Una década después, durante el período presidencial de León Febres Cordero Rivadeneira aprobado mediante Decreto Ejecutivo No. 2393 fue publicado mediante Registro Oficial No. 565 del 17 de noviembre de 1986 y modificado el 04 de febrero de 1994 el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo. Las disposiciones contenidas en este Reglamento se deben aplicar a toda actividad laboral a todo centro de trabajo según señala su artículo primero y tiene como objetivo “[...] *la prevención, disminución o eliminación de los riesgos del trabajo y el mejoramiento del medio ambiente de trabajo*”. En la actualidad este Reglamento se encuentra en período de revisión y su contenido podrá ser modificado.

El Reglamento creó el Comité Interinstitucional de Seguridad e Higiene del Trabajo (CISHT), cuya función principal es coordinar acciones ejecutivas de todos aquellos organismos que forman parte del Sector Público y tienen atribuciones en materia de prevención de riesgos del trabajo. Asimismo, es función del CISHT ejecutar y vigilar por el estricto cumplimiento de las disposiciones que contempla este Reglamento. Con el fin de cumplir con sus competencias el Reglamento establece un marco de cooperación entre el CISHT, el Ministerio de Relaciones Laborales, Ministerio de Salud Pública y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuyos representantes forman parte del Comité.

Con el objeto de regular las relaciones entre los empleadores y trabajadores, el Código del Trabajo contempla diversas modalidades y condiciones de trabajo. Éste parte de la premisa del trabajo contemplado como un derecho y un deber social. Asimismo, ratifica lo estipulado por instrumentos internacionales de derechos humanos y nuestra Constitución: *“Art.4 Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.”* Además, reconoce en su Art. 7 el principio pro operario *“En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.”*

De este cuerpo legal es imperante destacar un elemento fundamental que es la responsabilidad y la obligación del empleador en relación a los riesgos del trabajo contemplada en el Art.38 que dispone:

“Los riesgos provenientes del trabajo son de cargo del empleador y cuando, a consecuencia de ellos, el trabajador sufre daño personal, estará en la obligación de indemnizarle de acuerdo con las disposiciones de este Código, siempre que tal beneficio no le sea concedido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.”

Esto quiere decir que cuando el empleador no ha cumplido con la debida diligencia de afiliar a sus trabajadores el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, éste absorbe (por efecto de la ley) la responsabilidad y obligación de indemnizar a los trabajadores por todos los daños y consecuencias generadas por un accidente de trabajo y/o enfermedades profesionales.

Así, en el Art. 42 de la misma norma contempla como obligación del empleador *“Indemnizar a los trabajadores por los accidentes que sufrieren en el trabajo y por las enfermedades profesionales, con la salvedad prevista en el artículo 38 de este Código”*. Por otra parte se establece las obligaciones de proporcionar a los trabajadores útiles, instrumentos y materiales necesarios y en condiciones adecuadas, así como suministrar anualmente un vestido adecuado para el trabajo. Asimismo se establece obligaciones de los

trabajadores como “*Sujetarse a las medidas preventivas e higiénicas que impongan las autoridades*”.

Por otra parte, en el Capítulo VII se reconoce los trabajos prohibidos incluyéndose la prohibición de ocupar a mujeres y varones menores de dieciocho años en industrias consideradas peligrosas o insalubres, se prohíbe el trabajo infantil en actividades que por su naturaleza o condiciones es probable que afecte a su salud, seguridad o moralidad (como destilación de alcoholes, fabricación de explosivos, pulimento de vidrio, entre otros). Bajo el mismo Capítulo se ha contemplado condiciones especiales para trabajos en los que se requiera transporte manual de carga, específicamente cuando se emplea a mujeres y adolescentes de quince años; trabajos subterráneos en minas o canteras y contempla la obligación de someter a los trabajadores a un examen médico de conformidad con la periodicidad que contempla el mismo cuerpo legal.

Con todos los avances legislativos en la materia, el Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales examinó el segundo informe periódico del Ecuador sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y aprobó las siguientes observaciones finales:

Preocupa al Comité la insuficiente tasa de aplicación de las normas de higiene y seguridad de los trabajadores en el Estado Parte, en particular en las pequeñas minas y en las plantaciones de banano, y el gran número de accidentes de trabajo. También preocupa al Comité el hecho de que no se realicen inspecciones laborales periódicamente, sobre todo en las zonas rurales. (CDESC, 2004)

Asimismo, el Comité sugirió el fortalecimiento de las inspecciones laborales, la debida aplicación de la legislación en materia de higiene y seguridad. También exhortó a Ecuador para que se adopten medidas a fin de proteger a los trabajadores contra riesgos laborales resultantes del uso de sustancias tóxicas y otras sustancias peligrosas en las plantaciones de banano y en las pequeñas minas. (CDESC, 2004)

1.6.3. Perú

La legislación peruana en materia de Seguridad Social tiene un gran giro a partir de la década de 1990. El Decreto Ley 18846, de Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, vigente hasta el 17 de mayo de 1997, dio término al aseguramiento voluntario para establecer la obligatoriedad de los empleadores de asegurar a sus trabajadores obreros. Su propósito era promover niveles superiores de vida y una adecuada política social de protección, unificando la cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dentro de la organización de seguridad social. (Tribunal Constitucional STC 0219, 2007)

Antes de esta década, el sistema de seguridad se encontraba en su totalidad a cargo del Estado. Antes la década de 1970 los seguros se encontraban divididos en Sistemas del Seguro Obrero y del Seguro del Empleador. No fue sino en este año que se inició un proceso de unificación que buscaba armonizar las condiciones de acceso y de las prestaciones otorgadas a favor de los afiliados. En la década de 1980 existían dos campos principales, la salud y las pensiones, reguladas cada una por su propia ley, la de gestión de los Regímenes de Prestación de Salud a través del Decreto Ley 22482 y la ley que regulaba el Sistema Nacional de Pensiones, Decreto Ley 19990. La aplicación de estas leyes estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, entidad autónoma.

A partir de 1992, año donde se dio el golpe presidencial, el sector privado participó como proveedor de servicios de la seguridad social mediante un régimen de capitalización individual. En materia de riesgos laborales se creó el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), que dio cobertura únicamente a afiliados que trabajaban en actividades de alto riesgo, siendo aún obligatorio la aportación de un SCTR para este tipo de empresas. La capitalización individual del derecho de trabajo en Perú supuso una flexibilización de los derechos sociales. Se promulgó la Ley de Fomento del Empleo en donde se contemplaron diversas formas de modalidades laborales.

A finales de esta década empieza la regulación en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo. La primera ley creada fue la Ley General de Inspección en el Trabajo y Defensa del Trabajador publicada en 2001 y estableció el incumplimiento de las normas de seguridad y salud, las consideradas como infracción y sanciones. Durante la década del año 2000 no existió una ley de prevención de riesgos laborales, la normativa existente era únicamente reglamentaria y se encontraba dispersa en normas específicas para diversas actividades productivas. En el año 2001 se creó una Comisión Multisectorial a fin de elaborar un Reglamento Marco que permitiera la adopción de una norma completa. (OIT, Safework, 2007) No fue sino hasta el año 2011 en que se publicó la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la misma que regula los principios de actuación, obligaciones, y sanciones en materia de prevención de riesgos, haciendo de ésta una de las pocas leyes especiales en la Comunidad Andina.

1.7. La Seguridad y Salud en el Marco de la Integración Económica

Es a partir de la industrialización, entendida como “un proceso histórico que acarrea la industrialización y su articulación y relación con los aspectos culturales, sociales, económicos y aún políticos” (Matovelle, 1992), que empieza la ocurrencia de accidentes de trabajo y el desarrollo de enfermedades profesionales como hoy conocemos.

La complejidad de las relaciones laborales en un mundo globalizado obliga a la integración de procesos económicos, comunicacionales y de transformación. En la fase actual del fenómeno de la globalización, ya no participan únicamente empresas multinacionales y con presencia en diferentes mercados. A este proceso se han sumado un sinnúmero de intervinientes ya en calidad de empresarios o de consumidores. (Fujii, 2004) Es decir que dentro del orden económico mundial existe una diversidad de actores y los sujetos económicos se encuentran en constante proceso de interiorización de esta nueva dimensión global. (Fujii, 2004) La interiorización del concepto “global” supone la asimilación de tendencias en la organización de los procesos productivos, dentro de las organizaciones empresariales y de las laborales. En este sentido, el concepto de trabajo debe ser entendido desde un punto de vista armonizado. Es por esto que uno de los desafíos

que atraviesan las regiones y subregiones económicas es dentro del plano laboral. (Fujii, 2004)

En materia de trabajo las regiones han mantenido diversas situaciones. Se puede advertir que en Estados Unidos se ha mantenido una tasa de desempleo baja continua, en el marco de la Unión Europea se ha mantenido un índice considerable de desempleo especialmente sobre el sector de la población con poca cualificación, mientras que en América Latina preocupa que la mayoría de la población pertenece al grupo de Desempleo, dentro de un sector informal y sin acceso a los beneficios que otorga la Seguridad Social, generándose así una evidente disparidad social y económica. (Fujii, 2004) El alto índice de Subempleo en la región debe analizarse como un elemento fundamental dentro de los procesos de integración económica. Los números de subempleo han creado la nueva tendencia de “*externalización de servicios*” no únicamente a través de la contratación por horas u obras, sino a través de la deslocalización de procesos productivos a territorios con costos de producción y sociales menores. (Fujii, 2004)

A finales del año 1980 la región andina empezó con los empeños de integración habiendo los Estados atravesado fuertes corrientes de liberalización, publicaron Decisiones y Resoluciones importantes en materia de integración, pero se ha mantenido una tendencia con enfoque en el comercio interregional. Esta tendencia ha marcado una integración únicamente de tipo Aduanera determinada a partir de 1994 como la Unión Aduanera Andina que definió un Arancel Externo Común y eliminación de restricciones no arancelarias. A partir de este momento las exportaciones interandinas y el comercio presentaron un crecimiento constante año tras año. De acuerdo a Germánico Salgado la Integración Andina ha logrado la liberalización del comercio y la armonización de aranceles dejando de lado las barreras técnicas y administrativas. (Salgado, 1997)

Salgado además advierte que la debilidad del Acuerdo Regional es un problema que mantiene la Región Andina y la superposición de diferentes ordenamientos jurídicos debilita aún más la Integración. De tal manera que mientras no existan pautas para

armonizar las directrices, los conflictos jurídicos subsistirán y asimismo, el problema latente de la Integración.

Por otra parte, existe una estrecha relación entre la Seguridad y Salud en el Trabajo y la mitigación de la pobreza. Al ser la Seguridad y Salud un concepto arraigado al de un trabajo decente, éste representa una plataforma de acción, que permitirá alcanzar acuerdos globales a través de la integración de políticas sociales, económicas y medioambientales. Esto tiene cabida, por el simple hecho de que un trabajador debe conservar su puesto de trabajo y para hacerlo, debe gozar de buena salud. Como consecuencia, es indispensable que conozca, como mínimo, los riesgos inherentes a su trabajo y los principios elementales de prevención. Así, ésta plataforma de acción se traslada al campo de planificación familiar. (Conferencia Internacional del Trabajo, 2003) Como se observó en acápites anteriores, la plataforma de acción para los países miembros de la Comunidad Andina se encuentra dada, de ahí que lo indispensable es la integración de las políticas sociales a través de la armonización de estándares.

La armonización de estándares, no supone únicamente la publicación de normativa común, sino la sistematización de los estándares en el plano internacional. Así, se pretende aplicar políticas públicas y estrategias de desarrollo con enfoque en los derechos humanos. Esto quiere decir que, si los Estados han ratificado convenios o tratados, lo que se busca es una armonización de interpretación a las normas internacionales y debe, necesariamente, concluir en la obligatoriedad de aplicación de criterios relevantes y estándares a nivel de funcionarios públicos. Esto permitirá la creación de una unidad única en materia de protección a través de la interacción de sistemas nacionales e internacionales de garantía. (Parra Vera, 2008)

2. CAPÍTULO 2 METODOLOGÍA

Para elaborar este análisis legal de derecho comparado se ha empezado por identificar los Convenios Internacionales que han ratificado los Países Miembros de la Comunidad Andina. Se estudió instrumentos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Decisiones de la Comunidad Andina. Una vez identificados todos los instrumentos, se analizó la naturaleza y espíritu de estas normas. Para entender éste, recurrimos a literatura secundaria y conceptos elaborados por organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo o el Comité Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Habiéndose identificado las obligaciones generales de los Estados signatarios – incluyendo los Países Miembros-, se estudió los cuerpos legales que rigen a cada uno de los Estados, es decir normativa de producción interna. El estudio de los sistemas jurídicos se hizo en orden de materia sancionatoria y prelación de normas de acuerdo a la pirámide de Kelsen. Adicionalmente, recurrimos al desarrollo de la doctrina y jurisprudencia en la región sobre principios generales del derecho y su aplicación.

Se analizó sentencias judiciales dictadas por Juzgados y Cortes de los Países Miembros de la Comunidad Andina materia de discusión. Estas sentencias fueron homologadas con la legislación aplicable al país y posteriormente comparadas con las resoluciones de otro País Miembro. Así, se pudo identificar en qué materia los sistemas jurídicos son coincidentes y en cuáles existe una disparidad. Asimismo, cada uno de los temas tratados ha sido interpretado por subsunción a los Convenios Internacionales y Decisiones Andinas.

Finalmente, se elaboró una revisión sistemática e integral de la información obtenida a fin de identificar los lineamientos comunes para una normativa común. Esta información se ha obtenido de libros publicados y en Bases de Datos electrónicas como EBSCO, JSTOR, LEXIS y/o VLEX.

2.1. Tipo de investigación

El presente trabajo académico es un análisis secundario de investigación descriptiva y comparativa. Es decir que se fundamenta en el estudio de legislación y casos judiciales de los diferentes Estados Miembros de la Comunidad Andina, Perú, Colombia y Ecuador. Durante esta investigación se ha decidió descartar a Bolivia debido a su mínima participación en desarrollo de Seguridad y Salud. Los casos estudiados y legislaciones serán descritos, posteriormente comparados y analizados desde el punto de vista doctrinario y judicial.

2.2. Recolección y procesamiento de información

El procesamiento de información de este trabajo de investigación se centra en el análisis de derecho comparado entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, estudio doctrinario entre sistemas jurídicos y comparación de casos y resoluciones judiciales.

2.2.1. Fuentes primarias

Como fuentes primarias se han estudiado normas que reconocen un derecho y son directamente aplicables como las normas comunitarias, especialmente la Decisión 584 “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo” y su debido Reglamento aprobado mediante la Resolución 957. Asimismo se han estudiado las Constituciones Políticas, Códigos Civiles, normas laborales, administrativas y penales.

2.2.2. Fuentes secundarias

Se han estudiado los Principios Generales del Derecho entendidos como estándares aceptados a nivel global y corresponden a un derecho natural como presunción de inocencia, igualdad ante la ley, entre otros. Sin embargo los Principios Generales se encuentran, en su mayoría, reconocidos en instrumentos normativos.

La jurisprudencia es fuente secundaria del derecho y corresponde a los criterios y reglas establecidos por un juez competente. Por medio de sus decisiones la autoridad

judicial determina la aplicación del concepto que el legislador ha tratado de sentar en las fuentes primarias. En este mismo sentido la doctrina se convierte en un aporte conceptual que los estudiosos del derecho y en materia de Seguridad y Salud han realizado para completar la interpretación jurídica de los derechos.

3. CAPÍTULO 3 DISCUSIÓN Y RESULTADOS

3.1. El empresario como sujeto de responsabilidad

En Perú rige la Ley No. 29783 o Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo dada el 19 de agosto del 2011. Dentro de esta ley se reconoce en su Art. 26: *“El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo es responsabilidad del empleador, quien asume el liderazgo y compromiso de estas actividades en la organización”*, en este mismo sentido el Art.34 de la Ley 28806 Ley General de Inspección del Trabajo señala que el incumplimiento a disposiciones legales de carácter general aplicables puede darse por acción u omisión. Es decir ya sea si es que existe la acción positiva de contar con medidas inadecuadas, o por no tomar acciones preventivas o correctivas, recayendo sobre la omisión.

En Colombia, el Estatuto del Trabajo señala en su Art. 79 que es obligación del empleador *“2. Procurar a los trabajadores locales apropiados, y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades y cumplir con las normas de seguridad industrial, higiene en el trabajo y medicina laboral.”* En este mismo sentido, el Decreto Ley 1295 de 1994 señala en su Art. 3 que:

*El Sistema General de Riesgos Profesionales, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la *Ley 100 de 1993, se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general.*

Adicionalmente determina en el Art. 21 de la Ley 1295 que:

El empleador será responsable de:

c) Procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo;

d) Programar, ejecutar y controlar el cumplimiento del programa de salud ocupacional de la empresa, y procurar su financiación;

En Ecuador, el Código de Trabajo establece en su Art.410 que “*Los empleadores están obligados a asegurar a sus trabajadores condiciones de trabajo que no presenten peligro para su salud o su vida.*” Asimismo, el Art. 1 de la Resolución del IESS No.333 establece que es obligación de las empresas cumplir con los requisitos técnico legales del Sistema Nacional de Gestión de Prevención de Riesgos Laborales.

Además, la Resolución No. 390 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social “Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo” establece en los artículos 50 y 51 que:

Art. 50. Las empresas sujetas al régimen de regulación y control del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, deberán cumplir las normas dictadas en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo y medidas de prevención de riesgos del trabajo establecidas en la Constitución de la República, convenios y tratados internacionales, Ley de Seguridad Social, Código del Trabajo, reglamentos y disposiciones de prevención y de auditoría de riesgos del trabajo.

Art. 51. Las empresas deberán implementar el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, como medio de cumplimiento obligatorio de las normas legales o reglamentarias, considerando los elementos del sistema: [...].

Como se puede apreciar en párrafos anteriores, la legislación de Perú, Colombia y Ecuador, reconocen a un único sujeto como responsable del Sistema de Gestión de Prevención de Riesgos y el obligado a cumplir con las disposiciones en materia de prevención de riesgos. De tal manera, que un incumplimiento al deber de cuidado o

aquellos reconocidos en la legislación es suficiente para poder atribuir responsabilidad, de cualquier índole, a la empresa, evidentemente a través de su representante legal.

En cuanto a la identificación del sujeto responsable en materia administrativa, las legislaciones al establecer obligaciones empresariales es fácilmente explicable pues, que el principal responsable de su cumplimiento es el empresario. De manera que en éste ámbito no cabe duda que es el empleador quien debe responder por incumplimiento administrativo. Entendiéndose empleador en todas sus formas, como persona física o jurídica, pública o privada. (Valdeoliva, 2008)

Por otra parte, cuando de identificar el responsable penal en caso de muerte del trabajador a consecuencia de un accidente o enfermedad laboral se trata, existe un dilema. Es que por consecuencia de no facilitar los medios para un medio ambiente de trabajo sano y por la prevención de riesgos laborales existirá una propia presunción de culpabilidad del empresario. Sin embargo, no se puede excluir a otros sujetos a quienes les compete, además, asegurar el cumplimiento de las obligaciones. (Valdeoliva, 2008)

Como referencia en materia penal y como ejemplo de identificación del sujeto activo en el cometimiento de un delito, se estudiará el caso de la Fiscalía del Estado de Illinois vs. Steven O'Neil, Film Recovery Systems Inc., Metallic Marketing Systems Inc., Charles Kirschbaum, y Daniel Rodríguez. Este caso es de importancia relevante dado que sentó una primicia en Estados Unidos sobre la responsabilidad penal de los empresarios en relación a delitos cometidos contraviniendo las disposiciones de la ley de salud y seguridad ocupacional (OSHA, Occupational Safety and Health Act) local. Sobre todo en aquello que nos ocupa sobre la identificación del sujeto responsable en materia penal.

Los individuos Steven O'Neil, Charles Kirschbaum y Daniel Rodríguez fueron condenados a 25 años de prisión por asesinato, por el fallecimiento de Stefan Golab, un trabajador de Film Recovery al haber sido víctima de envenenamiento con cianuro debido a las condiciones del lugar de trabajo. Además de éstos, fueron condenados otros catorce empleados más por conducta negligente en el caso que se expone.

Desde 1982, Film Recovery se dedicó a la extracción y reventa de plata obtenida del tratamiento de rayos x y cinta fotográfica en desuso. Metallic Marketing operaba como una empresa relacionada al tener el 50% de las acciones de Film Recovery. El material era picado e insertado en tanques conteniendo una solución burbujeante de agua, sodio y cianuro. De ahí, a partir de un sistema continuo de fluidos se obtenía sustancias granuladas de las que emergía plata. Esto se mantenía en tanques de poliuretano y el líquido sobrante se vertía su contenido como desecho.

El fallecimiento del trabajador Golab se produjo el 10 de febrero de 1983 cuando realizando el proceso habitual, Stefan desconecta la bomba para verter el contenido del tanque, sufre de mareos, se desmaya y posteriormente fallece por envenenamiento con cianuro. Según testimonios de los trabajadores, Golab ingresó al área de comedor temblando su cuerpo y produciendo espuma en la boca, pérdida de conciencia y desmayo. Después de llegado el equipo de emergencia al lugar de trabajo, el deceso se produjo en el hospital más cercano. El examen toxicológico realizado a Golab determinó que el fallecimiento se produjo por intoxicación por inhalación de gases producidos por la mezcla con cianuro.

En primera instancia, el jurado decidió la culpabilidad de los acusados por asesinato y homicidio inintencional por conducta negligente señalando la falta de advertencia a los trabajadores de la planta, sobre las consecuencias que produce la mezcla con la que trabajan, falta de formación en anticipar las reacciones sobre el cuerpo humano y la falta de proveer equipos adecuados de protección. Como consecuencia, el asesinato se basó en que los acusados a sabiendas de los riesgos crearon un ambiente laboral con alta probabilidad de producir la muerte. A su vez, fueron sancionados por homicidio inintencional por no informar al trabajador lo ya expuesto. La Corte consideró que la mente y el estado mental de una corporación es la de sus propios directivos porque ellos actúan en nombre y favor de la corporación. Es por esto, que sus directivos y puestos gerenciales deben responder por los hechos acontecidos en febrero de 1983. Este caso quedó en espera hasta 1985 puesto que otro similar se ventilaba en la Corte Federal de Estados Unidos sobre la misma materia

y la Corte de Apelaciones de Illinois decidió esperar hasta que se pronuncie la Corte Nacional de su país.

Sin embargo, posteriormente en la decisión de la Corte de Apelaciones del Estado de Illinois se decidió revocar la sentencia de primera instancia debido a que la Corte encontró inconsistencias en las acusaciones. Puesto que no es factible que las personas acusadas puedan tener al mismo tiempo una acción positiva de causar daño (asesinato) y acciones negligentes que provoquen daño (homicidio inintencional). Así que la Corte concluyó en que no se puede tener culpabilidad de un asesinato debido a que el estado mental de una persona negligente no es conducente con la intención de provocar el daño.

Como se puede observar en este caso, la identificación del sujeto responsable en materia penal puede variar dependiendo del criterio y los elementos de decisión de cada juez. Además, nos permite notar la dificultad para asociar las conductas negligentes de cada uno de los representantes legales de una empresa y sus actores encargados. Esto se discute posteriormente en *el Punto 7.2.6. Legislación y Sanciones Penales* contenido en esta investigación.

Como conclusión, el obligado a cumplir con las exigencias internacionales y locales dentro de la Comunidad Andina es el empleador. Cualquier tipo de incumplimiento al deber general de prevención o a los requisitos específicos debe ser asumido por el empresario, de aquí que se determine que el sujeto de responsabilidad es el empresario. La fuente de obligaciones del empresario es la propia ley y reglamentos de la que se derivan las obligaciones genéricas, específicas e instrumentales y del propio contrato de trabajo. Pero no debemos dejar de lado que el trabajador también es sujeto de responsabilidades dentro de la relación laboral y es obligación del mismo el cumplimiento de las actividades preventivas.

3.2. Reserva de ley

La actividad administrativa o las facultades de la Administración Pública tienen una clasificación tripartita tradicionalmente: 1) actividad de limitación o policía, 2) actividad de

fomento y 3) las actividades de prestación de servicios públicos. Siendo la primera aquella que restringe libertad de derechos o actividad de los particulares. A esto se le ha denominado la actividad administrativa sancionadora basado en el derecho administrativo sancionador (nótese la redundancia). Esto porque cada norma elaborada por las entidades facultadas presuponen una conducta antijurídica, siendo ésta la causa que origina un acto sancionador. Así, la Administración a través de los organismos competentes tiene una naturaleza represiva frente a cualquier tipo de infracción. Sin embargo, la actividad sancionadora del Estado no es infinita, sino que tiene principios limitadores como el principio de legalidad que se encuentra íntimamente ligado con la reserva de ley.

Para entender el principio de legalidad partiremos del supuesto en el que un empresario ha sido multado con un millón de dólares habiendo sido notificado en el domicilio de su compañía. Cuando lee el acto sancionador, no encuentra descrita la justificación de la sanción ni cuál ha sido su conducta antijurídica. Posteriormente decide impugnar este acto sancionador y es llamado a una audiencia, en la cual la entidad manifiesta que ha sido sancionado por una conducta que ha molestado a los vecinos. Usted se preguntará, ¿cuál es la infracción? Las conductas antijurídicas deben estar recogidas en una ley, así como la facultad sancionadora de las entidades. En resumen, el ciudadano debe conocer las conductas sancionadas para conocer cuál es su deber jurídico ante la comunidad. Así que cuando se trata de una actividad sancionadora o de actividad de limitación “[...] debe exigirse el máximo de precisión legal sobre los aspectos fundamentales, sin que basten los poderes generales de intervención.” (Parada, pp.374, 2004)

Ahora bien, un acto ilícito puede ser entendido desde dos puntos de vista, del *iusnaturalista* y del *iuspositivista*, en donde bajo la primera teoría puede entenderse como una conducta “mala prohibida” desde el punto de vista moral y la segunda hace alusión a una conducta prohibida por una ley. Como en esta materia hablamos de infracciones administrativas es imperante mantener la teoría iuspositivista y recordar la teoría de Kelsen “Una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como consecuencia” (Kelsen, 1979). A esto debemos sumarle que el concepto de

“actos ilícitos” son conductas sancionadas (delitos) bajo el derecho penal, civil y administrativo sancionador. Así que serán diferentes dependiendo de la sanción que les sea aplicable. Entonces, un acto no es ilícito por su mero enunciado en una norma, recibe el carácter de “antijurídico” o “ilícito” cuando se encuentra ligado a una sanción como consecuencia. (Zuleta, 1996)

En relación a lo mencionado en párrafos anteriores, cuando se lee o escucha el concepto de “Reserva de ley” se debe interpretar como la necesidad de que ciertas consecuencias jurídicas se encuentren contempladas o tipificadas dentro de una norma con rango de ley. Esto se debe entender que todo aquel sistema que tenga una esencia o naturaleza sancionadora debe venir estipulado en una ley que bien contemple acciones sancionadoras o remita a un reglamento, siempre que éste último no menoscabe o adultere la acción contemplada en la ley superior. Estos principios han sido reconocidos en las legislaciones internas de los Países Miembros de la Comunidad Andina como se mira a continuación.

En el Art. 132 de la Constitución de la República del Ecuador se expresa:

La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

- 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*
- 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.*

Dentro de la legislación en Colombia, se puede observar en el Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que determina:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.[...]

En concordancia con el artículo citado, el Artículo 152 de la norma suprema colombiana establece:

Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

Así, en cumplimiento a lo prescrito por la Carta Suprema se promulgó el Estatuto del Trabajo, el mismo que prescribe en el Art.79:

Son obligaciones del empleador:

[...] 2. Procurar a los trabajadores locales apropiados, y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades y cumplir con las normas de seguridad industrial, higiene en el trabajo y medicina laboral.

Finalmente la Constitución Política de Perú de 1993 establece dentro de su artículo segundo los derechos fundamentales de las personas incluyendo el derecho a la libertad que: “[...] d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

Como se puede observar, dentro de las legislaciones de los países estudiados, todos encuentran el principio de legalidad y de reserva de ley contemplado en sus Normas Supremas. En este sentido, cada país cuenta con la soberanía legislativa para crear y publicar leyes que contemplen deberes jurídicos y conductas antijurídicas. Es en base al principio de soberanía de los Estados que se ha contemplado en el Art. 31 del Instrumento Andino que:

La legislación nacional de cada País Miembro determinará la naturaleza de las sanciones aplicables para cada infracción, tomando en consideración, entre otros, la gravedad de la falta cometida, el número de personas afectadas, la gravedad de las lesiones o los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias y si se trata de un caso de reincidencia.

Como norma reglamentaria, el Art. 20 del Reglamento al Instrumento Andino señala que:

Cuando la autoridad nacional competente en seguridad y salud en el trabajo compruebe el incumplimiento de la normativa nacional sobre prevención de riesgos laborales, impondrá las medidas correctivas y sanciones, conforme a lo establecido en la legislación correspondiente de cada País Miembro.

Entendiendo, entonces, el concepto de reserva de ley y principio de legalidad, en concordancia con la soberanía legislativa de los Estados y la voluntariedad de los Miembros de la Comunidad Andina a adoptar las disposiciones comunitarias se desprende tres conclusiones. La primera conclusión es que las obligaciones en materia de seguridad y salud deben estar reconocidas en una ley junto con las sanciones que se imponen en caso de su incumplimiento. Una segunda conclusión, es que los Países Miembros deben establecer infracciones por niveles de gravedad, daños producidos y/o emergentes, y por tipo de sanción aplicable. Finalmente, la tercera, deberá estar establecido mediante una ley la autoridad nacional competente para comprobar el incumplimiento a la normativa de

Seguridad y Salud en el Trabajo además de establecer la competencia para imponer sanciones.

Ahora usted se planteará: En un Sistema de Gestión las obligaciones no pueden redactarse de forma taxativa debido a la variabilidad de procesos en los diferentes sectores, ¿Se debe recoger todas las actividades que debe realizar el empleador? ¿Se debe tipificar todas las infracciones posibles así como sus sanciones? De conformidad con el Art.1 del Instrumento Andino un Sistema de Gestión es:

j) Sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo: Conjunto de elementos interrelacionados o interactivos que tienen por objeto establecer una política y objetivos de seguridad y salud en el trabajo, y los mecanismos y acciones necesarios para alcanzar dichos objetivos, estando íntimamente relacionado con el concepto de responsabilidad social empresarial, en el orden de crear conciencia sobre el ofrecimiento de buenas condiciones laborales a los trabajadores, mejorando de este modo la calidad de vida de los mismos, así como promoviendo la competitividad de las empresas en el mercado;

Si la obligación del empleador es cumplir con un sistema de gestión, ¿deberían recogerse todos los elementos en una ley? Si aplicamos en estricto sentido el principio de legalidad y de reserva de ley se podría llegar a la conclusión que para que aplique el Derecho Administrativo Sancionador se debería recoger en una ley todos los mecanismos y acciones necesarias para cumplir con los objetivos de a seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, dentro de esta gama de obligaciones podemos encontrar obligaciones genéricas, específicas e instrumentales. De tal modo que, en el Derecho Administrativo la tipicidad de las infracciones no funcionan de forma tan estricta como en el Derecho Penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Las obligaciones genéricas y específicas deberán estar recogidas en una norma con rango de ley mientras que las instrumentales se remitirán a sus reglamentos respectivos.

Para aclarar este concepto utilizaremos la Sentencia de Constitucionalidad n° 860/06 de la Corte Constitucional de Colombia del 18 de Octubre de 2006, mediante la cual el Juez Ponente Humberto Antonio Sierra Porto se pronuncia en relación a la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó la ciudadana María Camila Silva Mogollón contra las expresiones "*de los estatutos sociales*" y "*de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*", del artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

La demandante señala que las expresiones mencionadas no pueden ser concebidas como tal en la ley en el sentido que no se puede remitir actos ilícitos mediante instrucciones que emita la Superintendencia Bancaria sino que deben estar contempladas con rango de ley. Frente a esto la Corte se pronuncia manifestando que el Principio de Legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador y la reserva de ley tiene su particular entendimiento. Manifiesta que la reserva de ley en materia administrativa opera de forma distinta que en materia penal. Esto es en cuanto a la flexibilidad, ya que la materia administrativa es el resultado de la vinculación a ciertos sectores económicos. Sin que esto signifique el sacrificio del principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria de las entidades. Por tanto, mientras que en materia penal la previsión de una sanción debe, necesariamente, venir acompañado de una conducta antijurídica sin que exista la remota posibilidad de que su descripción se refiera a normas inferiores,

[...] en el segundo evento, es decir cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de

carácter sancionador. (Juez Ponente Humberto Sierra, Corte Constitucional Colombia: 2006)

En este mismo sentido Ramón Parada señala que no es razonable exigir que toda la actividad administrativa sea contemplada en una norma con rango de ley en estricto sentido. Así, la ley debería contemplar los aspectos básicos de la potestad administrativa y dejar un margen de reglamentación a los Reglamentos, de manera que la ley puede habilitar o apoderar legalmente a la Administración para que su actividad sea desarrollada en una norma de rango inferior. (Parada: 2004) Siempre tomando en cuenta que el principio de legalidad comprende una doble garantía para el administrado **1) Garantía de orden material:** es una extensión del principio de seguridad jurídica y supone la predeterminación de conductas sancionables y antijurídicas, la existencia de preceptos legales que permita al administrado conocer y predecir qué responsabilidad acarrea su cometido y qué sanciones son aplicables al acto; **2) Garantía de orden formal:** que las normas que contemplan sanciones y conductas infractoras gocen de un adecuado rango dentro de la pirámide normativa. (Parada: 2004)

Como ejemplo a la remisión de normas instrumentales, se evidencia el Art. 428 del Código del Trabajo de Ecuador que señala: *“La Dirección Regional del Trabajo, dictarán los reglamentos respectivos determinando los mecanismos preventivos de los riesgos provenientes del trabajo que hayan de emplearse en las diversas industrias.”*

A manera de conclusión, las obligaciones genéricas deben estar contempladas en una norma con rango de ley. Cada una de éstas debe estar acompañada de una sanción administrativa, civil o penal para que se pueda configurar un acto antijurídico sancionable. De tal manera que las actuaciones de la Administración gocen de legalidad y legitimidad, y por su parte, se garantice el goce efectivo del derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos. Adicionalmente, los actos antijurídicos sancionables deben encontrarse tipificados por niveles de gravedad y daños causados y/o emergentes.

3.3. Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo

Para entender el concepto de “culpabilidad” que se tratará y estudiará en este acápite, es importante partir del concepto de accidente de trabajo. Para identificar el mismo partiremos de las Disposiciones Generales contenidas en el Art.1 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud. En el literal n) señala que es Accidente de Trabajo:

[T]odo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. (El resaltado es mío)

Este concepto fue incorporado en las legislaciones nacionales de los Países Miembros de la Comunidad Andina. En Colombia ha sido reconocido en el Art.9 del Decreto-Ley 1295 de 1994, en Ecuador en el Art. 348 del Código de Trabajo y en Perú mediante el Glosario de Términos recogido en el Reglamento de la Ley N° 29873, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

De esta definición debemos destacar tres elementos fundamentales 1) suceso repentino, 2) por causa u ocasión del trabajo, y 3) que produzca una lesión orgánica, perturbación funcional, invalidez o muerte. A fin de relacionar los accidentes de trabajo con el concepto de “culpabilidad”, analizaremos únicamente el primer elemento identificado: “suceso repentino”.

Cuando nos referimos a la “culpa” se habla de un requisito que es común al régimen de la responsabilidad civil, penal o de una infracción administrativa que es sancionada. Las conductas sancionadas de cualquier índole pueden resultar de la intención positiva de causar un daño (dolo o culpa intencional) o la ilicitud puede recaer sobre una infracción no intencional contraviniendo un deber de cuidado (culpa o negligencia). (Barros, 2010) Los casos de responsabilidad en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo la mayoría atienden

a la mera negligencia, o inobservancia a los deberes de cuidado, dado que es la consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El catálogo de acciones que debe cumplir el empleador dentro de los Sistemas de Seguridad y Salud no es taxativo y sus actividades dependerán de los métodos reconocidos en el momento histórico de su adaptación. Para que sea sujeto de responsabilidad, las acciones con resultado de muerte deben tener un elemento de intencionalidad o de negligencia, esto sería cuando actúa sin cumplir con un debido cuidado o precaución. Que consiste en no hacer lo necesario para prevenir los riesgos laborales o crear situaciones de riesgo. Estas dos últimas se caracterizan por la carencia de voluntad en el sujeto activo y falta de debida diligencia. (Ramirez Torrado, 2010)

Si la infracción se ha realizado con dolo o culpa, el principio de culpabilidad es un elemento fundamental en el *ius puniendi* u ordenamiento punitivo. (Ramirez Torrado, 2010) Para entender con mayor claridad este principio es imperante hacer la distinción de la responsabilidad objetiva frente a la responsabilidad subjetiva del empleador en caso de fallecimiento de un trabajador. La responsabilidad patronal objetiva significa que el empleador es responsable de reparar con la tarifa legal establecida y las pensiones (hoy subrogada por la seguridad social o sus delegados); mientras que la responsabilidad subjetiva es en la que el empleador debe resarcir todos los perjuicios que cause al entorno del trabajador siempre que se demuestre que existió culpa en el resultado del accidente. Esto como se mencionó debe dar en el campo administrativo y penal.

Por esto se manifiesta que la culpabilidad es un elemento esencial y necesario para que haya la imposición de una sanción y constituye una garantía de la proporcionalidad de las sanciones en contra del empleador. Para entender vamos a presentar un caso hipotético en el que dentro de un lugar de trabajo se fabrican guantes de lana. Dentro de esta fábrica laboran 60 personas de diferentes edades, profesiones e instrucción. Un buen día, Mario, de 50 años decide saltar sobre una de las máquinas en funcionamiento para llegar más rápido a la puerta de salida. Un mal movimiento provocó que su pié se estanque en una de las partes en movimiento, tropieza y golpea su cabeza, este golpe le ocasionó la muerte. Como

reacción frente a su muerte, los derechohabientes de Mario interponen una demanda solicitando la indemnización por daños y perjuicios, además inician una acción particular por el delito de homicidio inintencional.

Dentro de nuestro caso hipotético, tanto el Juez Civil como el Juez Penal asignados por la Sala de Sorteos revisan el caso y las pruebas de descargo presentadas por el empleador: Procesos operativos vigentes y adecuados, prueba de reuniones de socialización de los procesos, reconocimiento del lugar de trabajo (se prueba que existe un camino peatonal debidamente señalizado), tableros con señalización de advertencias (¡NO SALTE SOBRE LAS MÁQUINAS!). Los derechohabientes de Mario alegan que la compañía no ha realizado exámenes de preempleo ni periódicos a sus trabajadores, por lo tanto esto constituye una falta a su deber de cuidado, como tal una negligencia. Aquí nos surge una pregunta, ¿constituye esto una negligencia? ¿Tiene la culpa el empleador? Si se resuelve la existencia de culpa ¿la tiene a pesar de que la empresa cuenta con procesos adecuados, señalización y señales de advertencia?

Es en base a estas preguntas por las que debe haber necesariamente el análisis del elemento “culpa” por parte del juez y de la autoridad nacional competente. Si no se hace un análisis profundo de la negligencia o intención del empleador, el proceso sancionador podría ser desproporcionado y atentatorio al principio de igualdad formal contemplada en las legislaciones y convenios internacionales. Por otra parte, la imperiosa necesidad del principio de culpabilidad en los actos sancionatorios tiene una estrecha vinculación con el principio de la presunción de inocencia. En el sentido que toda persona acusada tiene derecho a que se presuma que es inocente mientras no se pruebe lo contrario. Así, las pruebas deben enfocarse en determinar o no la culpabilidad. (Ramírez Torrado: 2010)

Si volvemos sobre el concepto de “accidente de trabajo” contemplado en el Instrumento Andino y su primer elemento 1) suceso repentino, es importante que volvamos sobre su significado. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española repentino significa “*1. adj. Pronto, impensado, no previsto.*”, el diccionario Larousse Ilustrado contempla el significado de repentino como “*Adj. Súbito, impensado, no prevenido.*

(Sinónimo. Imprevisto)”. Ahora bien, si un suceso repentino es aquel que se produce de forma súbita, sin haberse previsto o pensado difícilmente se pueda encontrar el elemento “dolo” en un accidente de trabajo. Por esto se dice que los daños producidos como consecuencia de un accidente en el lugar de trabajo atenderán principalmente a la culpa o negligencia del responsable. Si el fallecimiento de un trabajador ocurriera por la intención de una persona de ocasionar daño, éste no podrá ser calificado como accidente de trabajo y como consecuencia no se podrá atribuir responsabilidad subjetiva al empleador, siempre que el dolo no provenga de éste último. En este supuesto la responsabilidad de indemnización y penal serán únicamente de un tercer causante.

3.4. Principio de Responsabilidad Solidaria

El fin último del Derecho Laboral es la regulación de las relaciones laborales entre empleador y trabajador, de forma individual y colectiva, incluyéndose la prevención de riesgos del trabajo. Esta rama del derecho tiene como fundamento la protección del trabajador y la garantía de trabajar bajo condiciones dignas sin riesgo para su seguridad o salud. Entendido que el interés general es la protección del trabajador, ha surgido como mecanismo de garantía para el empleado la figura de la “responsabilidad solidaria”.

La responsabilidad solidaria surge como una respuesta a las modalidades modernas de formas de contratación como la intermediación laboral, la subcontratación de servicios y la locación de servicios. Las empresas prestadoras de estos servicios proveen de mano de obra ofreciendo trabajadores temporales para que presten sus servicios en las instalaciones de un tercer beneficiario. Sin embargo, el problema que presenta la intermediación laboral es si la obligatoriedad de garantía de trabajo digno corresponde al empleador de la intermediaria o del empleador beneficiario del servicio. A fin de priorizar el interés general nace la figura de la responsabilidad solidaria que garantiza de las condiciones de trabajo en el lugar de trabajo del empleador principal se tornen extensivas a los trabajadores tercerizados o de servicios.

En materia de prevención de riesgos laborales, la responsabilidad que genera el incumplimiento al deber general de cuidado y prevención se extiende de forma solidaria a

todas las formas de subcontratación e intermediación laboral, así establece el Art.18 del Reglamento al Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo:

Los empleadores, las empresas, los contratistas, subcontratistas, enganchadores y demás modalidades de intermediación laboral existentes en los Países Miembros, serán solidariamente responsables, frente a los trabajadores, de acuerdo a los parámetros que establezca la legislación nacional de cada País Miembro respecto a las obligaciones y responsabilidades que se señalan en el presente Reglamento.

Como ejemplo más claro de esta primicia, el Artículo 103 de la Ley 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de Perú establece:

En materia de seguridad y salud en el trabajo, la entidad empleadora principal responde directamente por las infracciones que, en su caso, se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios, los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones.

Asimismo, las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios responden directamente por las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones.

La responsabilidad solidaria en materia de responsabilidad por infracción a los deberes de Seguridad y Salud en el Trabajo debe encontrarse preestablecida en una ley por el efecto del principio de legalidad y reserva de ley. Sin embargo, no todos los países reconocen la responsabilidad solidaria en materia de prevención de riesgos, por ejemplo en Ecuador este tipo de responsabilidad no se encuentra contemplada, más no por desconocimiento de la garantía social sino a la prohibición de tercerización e

intermediación laboral. Así establece el Decreto Legislativo No. 8, publicado en el Registro Oficial Suplemento 330 del 06 de mayo del 2006 que dispone:

Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador.

Sin embargo, el mismo decreto establece las actividades que se podrán prestar como modalidad de “servicios complementarios” y éstos deben tener autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales y pertenecer exclusivamente a los sectores de: “[...] *vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.*” (Decreto Legislativo No.8, Art.3) Para este tipo de actividades el Art. 4 del mismo cuerpo legal reconoce de forma expresa que la relación de dependencia se fijará entre el prestador de las actividades complementarias y su personal, esto sin perjuicio del efecto de la responsabilidad solidaria del beneficiario.

Ecuador reconoce la solidaridad no solo entre empresas beneficiadas por servicios y la prestadora de servicios complementarios, sino que reconoce la solidaridad entre empleadores copartícipes como en el caso de un consorcio, por ejemplo. En relación al Art. 17 de la Decisión 584 del Acuerdo de Cartagena, esto encuentra reconocido en el Art.41 del Código del Trabajo que señala: “*Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador.*”

El mismo principio de responsabilidad solidaria se contempla en el Art.34 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia:

Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de

terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

En virtud de la responsabilidad solidaria, los empleadores principales deberán exigir a sus contratistas, subcontratistas o empresas de servicios el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, esto es cumpliendo su deber de vigilancia. En caso de un accidente del trabajo o enfermedad profesional ocurrida a un trabajador de la empresa contratista el empleador principal deberá probar el cumplimiento del deber de vigilancia, de no ser así responderá por *culpa in vigilando*. Como consecuencia, la conducta que resultará ser antijurídica es la falta de exigencia y vigilia a sus subcontratistas o si se probare que el contratante pudo conocer razonablemente el incumplimiento de los deberes de prevención. Éste último concepto se aplicará cuando se procese responsabilidad administrativa, y deberá ser el inspector quien sancione al empleador principal en virtud de la negligencia de actuación. (Arce Ortiz, 2006) Por otra parte, si el afectado inicia acciones de reparación por indemnización laboral ante los jueces competentes, tendrá la facultad de escoger a su empleador directo o al principal, tomando en cuenta que es el empleador quien deberá probar la debida diligencia.

Para entender la postura respecto a la responsabilidad solidaria es pertinente estudiar el pronunciamiento del Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, miembro de la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia (T225-12, 2012) quien se pronuncia respecto al Art.34 del Código Sustantivo del Trabajo como se explica en los párrafos siguientes.

En la sentencia pronunciada el 20 de marzo del 2012 se discutía sobre la Acción de Tutela interpuesta por el ciudadano Héctor Jaime Ramírez Henao contra las empresas ARDCO Construcciones Ltda. y la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. El accionante tenía un contrato laboral suscrito con la empresa ARDCO Construcciones Ltda. para cumplir las funciones de Ingeniero Directos en el proceso de Interventoría Técnica Administrativa y Financiera de los contratos de obra celebrados con la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. Durante la vigencia del contrato laboral, el accionante sufrió de un accidente de trabajo que generó una incapacidad debidamente reconocida por la entidad competente. Posterior a su accidente se modificó la forma contractual a contrato por labor, terminando la vigencia del mismo y habiendo sido desvinculado de la empresa. Frente a estos hechos el accionante solicita se declare la vulneración a su derecho a la estabilidad laboral y se obligue al pago de indemnizaciones a la empresa principal o la beneficiaria del servicio.

En relación a este alegato, el Juez Ponente señala que el objetivo del Art.34 del Código Sustantivo del Trabajo es el de proteger a la parte débil de la relación laboral, es decir al trabajador. Así en el caso de que el empleado sufra cualquier tipo de abuso éste puede reclamar el incumplimiento derivado de las obligaciones laborales contra el empleador o el contratante. En virtud de esto, es el trabajador quien debe reclamar las obligaciones y debe probar cuatro elementos *“i) el contrato de trabajo con el contratista independiente y el de obra con el beneficiario del trabajo y, ii) la relación de causalidad entre los dos contratos, esto es, el hecho de que la actividad contratada pertenezca a las actividades normales o corriente de quien encargó su ejecución y, iii) la falta de pago de lo reclamado.”* (T225-12, 2012)

Por otra parte, el Juez Ponente señala que la responsabilidad solidaria no recae únicamente sobre el pago de salarios no percibidos, sino también sobre prestaciones sociales e indemnizaciones. Sin embargo, señala que la autoridad competente para realizar el análisis sobre la procedencia de la responsabilidad solidaria por el pago de

indemnizaciones es el juez laboral y ejercer la protección contenida en el Art.34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entonces, cuando se trata de responsabilidad por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y las indemnizaciones correspondientes, se debe probar frente a las autoridades administrativas y/o judiciales la debida diligencia del empleador principal por parte del mismo. Asimismo, el trabajador deberá probar la relación laboral con la empresa de servicios, la relación de causalidad entre las actividades de ambas empresas y la falta de cumplimiento de la obligada directa, su empleador. Así, el principio de responsabilidad solidaria en materia de prevención de riesgos se aplica a las empresas principales y a los subcontratistas como mecanismo de garantía a favor de los trabajadores, en virtud del interés general de prevención, y como medio de protección frente a los posibles daños sufridos por los mismos.

3.5. Principio General de Prevención

El momento de identificar las obligaciones en materia de Seguridad y Salud es sumamente complejo entender el paquete de deberes que contemplan las legislaciones. Pero podemos hablar de un principio de prevención de riesgos laborales y el debido cuidado. Estos deberes tienen implícitamente un enorme listado de obligaciones que no se encuentran recogidos de forma taxativa sino dentro de la concepción de cada sistema de gestión nacional. Esto quiere decir que, cada país debe diseñar un catálogo de acciones que debe cumplir el sujeto responsable. De tal manera que el incumplimiento o su omisión pueda ser sancionado con una sanción tipificada en la ley.

En el sistema anglosajón americano se reconoce dos deberes básicos en materia de Seguridad y Salud. El primero es la obligatoriedad del cumplimiento de los estándares de seguridad y salud promulgados en la Ley local (Occupational Safety and Health Act). El segundo deber, es aquellos no contemplados dentro de los estándares pero consisten en acciones mediante las cuales el empleador debe asegurar a cada uno de sus trabajadores un medio ambiente de trabajo libre de peligros identificados que estén causando o puedan causar daños físicos severos. (Morey: 1973)

En el caso ventilado en la Corte Suprema de Illinois, *Chicago Magnet Wire Corporation vs. The People of the State of Illinois* se contempló el concepto del deber de debido cuidado y se promulgó que el propósito de la ley de Seguridad y Salud estadounidense es asegurar, en todo cuanto sea posible, a todos los trabajadores y trabajadoras en la nación condiciones sanas de trabajo y preservar los recursos humanos. La Corte aseguró que para esto el Congreso dio la facultad a la Secretaría del Trabajo la autoridad y competencia para emitir estándares de seguridad y salud, con el carácter de cumplimiento obligatorio. Además, la facultad para diseñar autoridades que aseguren la adopción de los estándares a través de la imposición de sanciones civiles y penales en caso de violación a los mismos. Para esto, la Corte define el concepto de “estándares” como prácticas, conceptos, métodos, operaciones o procesos apropiados y necesarios para crear un trabajo sano y lugares de trabajo seguros.

El deber genérico de prevención de riesgos es un deber que nace fundamentado en el derecho a trabajar en un ambiente sano de trabajo que tienen todos los trabajadores. Ésta obligación del empleador nace de la ley y de los deberes propios de la relación de dependencia que genera un contrato de trabajo. En este sentido, el trabajador es acreedor de la protección a su salud en el centro de trabajo al ser el empleador el coordinador de la cadena productiva. Como consecuencia, el empleador no solo es responsable de los resultados sino de todos los elementos que intervienen en la misma, incluyendo el factor humano. Esto quiere decir que el empleador asume la obligación de prevenir cualquier accidente de trabajo o enfermedad profesional, constituyéndose éste el deber genérico de prevención. (Rivas Vallejo: 2009)

Esto podemos identificar en el Art. 2 del Instrumento Andino que señala:

*Las normas previstas en el presente instrumento tienen por objeto promover y regular las acciones que se deben desarrollar en los centros de trabajo de los Países Miembros **para disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador,***

mediante la aplicación de medidas de control y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

Entonces, de este enunciado se desprende que las normas en materia de seguridad y salud proponen acciones que debe realizar el empleador en dos niveles. Aquellas que buscan disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador y, por otra parte, las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo. Se puede decir que las obligaciones genéricas serían las mencionadas y son sostenidas por un catálogo de deberes específicos para su cumplimiento. Los deberes genéricos de prevención se encuentran recogidas en normas orgánicas, estatutarias (Colombia) e instrumentadas en normativa complementaria como Reglamentos o Resoluciones.

En Ecuador el deber genérico de prevención se contempla en el Art. 410 del Código de Trabajo que señala “*Los empleadores están obligados a asegurar a sus trabajadores condiciones de trabajo que no presenten peligro para su salud o su vida.*”

En este mismo sentido, el Artículo 1 de la Ley de Seguridad y Salud de Perú señala que:

*La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene como objetivo promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, **cuenta con el deber de prevención de los empleadores**, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia.*

El Artículo 3 de la misma ley señala que ésta “[...] establece las normas **mínimas para la prevención de los riesgos laborales**, pudiendo los empleadores y los trabajadores establecer libremente niveles de protección que mejoren lo previsto en la presente norma.”

Por otra parte, en Colombia el Artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo reconoce dentro del capítulo Obligaciones de las Partes en General: “*De modo general,*

incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador.” Continúa en el Artículo 57 la obligación de *“2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.”*

Estos deberes preventivos genéricos se integran a la empresa como condición *sine qua non*, es decir es una obligación que todos los empleadores deben cumplir, sea cual sea la actividad económica que desarrolla. Como consecuencia, el deber mínimo de prevención es integrar a la gestión empresarial la protección de la seguridad y salud de sus trabajadores. Así, el trabajador puede hacer exigible su derecho a trabajar en un medio ambiente de trabajo sano y decente. El empleador se encuentra sujeto a los deberes genéricos y además a todas las normas reglamentarias o instrumentales que se desarrolle dentro de cada sistema de gestión.

Por otra parte, es obligación de los Estados adoptar medidas progresivas que permitan garantizar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de los cuales se contempla el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo. Como se identificó en el Marco Teórico de este trabajo, el Art.26 del Protocolo de San Salvador y en virtud del principio de protección progresiva de estos derechos, los Estados deben contar con cooperación técnica a fin de cumplir con esta obligación. En esta misma línea, el Art. 4 del Instrumento Andino establece que dentro del Sistema de Gestión Nacional de cada país, cada País Miembro deberá poner en práctica:

d) Actualizar, sistematizar y armonizar sus normas nacionales sobre seguridad y salud en el trabajo propiciando programas para la promoción de la salud y seguridad en el trabajo, orientado a la creación y/o fortalecimiento de los Planes Nacionales de Normalización Técnica en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo;

Si realizamos una interpretación integral de este derecho, se desprende que es una obligación de los Estados el desarrollo técnico de la materia de seguridad y salud, debiendo entenderse “técnico” como lo indica el Diccionario de la Real Academia Española: “*Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte.*” En este sentido, el Estado debe proveer de procedimientos técnicos y acciones para garantizar este derecho, es decir normas instrumentales. Como consecuencia, la exigencia del cumplimiento del debido cuidado no quedaría meramente enunciada en la ley superior en forma de obligaciones, sino instrumentada y en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados.

3.5.1. Obligaciones del Empleador de acuerdo a la Decisión 584 del Acuerdo de Cartagena

En este acápite se anuncian las obligaciones específicas del empleador contempladas en el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Este catálogo de responsabilidades constituirá el presupuesto de hecho o el deber jurídico con el que debe cumplir el empleador. De tal manera que el incumplimiento de estos deberes serán la falta al deber genérico de prevención por el efecto de la subsunción. Como consecuencia, los Estados Miembros deberán reconocer dentro de sus legislaciones internas cada una de las obligaciones contempladas a continuación:

El deber genérico de prevención se contempla en el Artículo 11 del Instrumento Andino:

En todo lugar de trabajo se deberán tomar medidas tendientes a disminuir los riesgos laborales. Estas medidas deberán basarse, para el logro de este objetivo, en directrices sobre sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo y su entorno como responsabilidad social y empresarial.

El catálogo de obligaciones específicas mínimas se enuncia en el mismo artículo y corresponden a:

- ✓ Formular la política empresarial y hacerla conocer a todo el personal de la empresa. Prever los objetivos, recursos, responsables y programas en materia de seguridad y salud en el trabajo;
- ✓ Identificar y evaluar los riesgos, en forma inicial y periódicamente, con la finalidad de planificar adecuadamente las acciones preventivas, mediante sistemas de vigilancia epidemiológica ocupacional específicos u otros sistemas similares, basados en mapa de riesgos;
- ✓ Combatir y controlar los riesgos en su origen, en el medio de transmisión y en el trabajador, privilegiando el control colectivo al individual. En caso de que las medidas de prevención colectivas resulten insuficientes, el empleador deberá proporcionar, sin costo alguno para el trabajador, las ropas y los equipos de protección individual adecuados;
- ✓ Programar la sustitución progresiva y con la brevedad posible de los procedimientos, técnicas, medios, sustancias y productos peligrosos por aquellos que produzcan un menor o ningún riesgo para el trabajador;
- ✓ Diseñar una estrategia para la elaboración y puesta en marcha de medidas de prevención, incluidas las relacionadas con los métodos de trabajo y de producción, que garanticen un mayor nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores;
- ✓ Mantener un sistema de registro y notificación de los accidentes de trabajo, incidentes y enfermedades profesionales y de los resultados de las evaluaciones de riesgos realizadas y las medidas de control propuestas, registro al cual tendrán acceso las autoridades correspondientes, empleadores y trabajadores;
- ✓ Investigar y analizar los accidentes, incidentes y enfermedades de trabajo, con el propósito de identificar las causas que los originaron y adoptar acciones correctivas y preventivas tendientes a evitar la ocurrencia de hechos similares, además de servir como fuente de insumo para desarrollar y difundir la investigación y la creación de nueva tecnología;
- ✓ Informar a los trabajadores por escrito y por cualquier otro medio sobre los riesgos laborales a los que están expuestos y capacitarlos a fin de prevenirlos, minimizarlos

y eliminarlos. Los horarios y el lugar en donde se llevará a cabo la referida capacitación se establecerán previo acuerdo de las partes interesadas;

- ✓ Establecer los mecanismos necesarios para garantizar que sólo aquellos trabajadores que hayan recibido la capacitación adecuada, puedan acceder a las áreas de alto riesgo;
- ✓ Designar, según el número de trabajadores y la naturaleza de sus actividades, un trabajador delegado de seguridad, un comité de seguridad y salud y establecer un servicio de salud en el trabajo; y,
- ✓ Fomentar la adaptación del trabajo y de los puestos de trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental, teniendo en cuenta la ergonomía y las demás disciplinas relacionadas con los diferentes tipos de riesgos psicosociales en el trabajo.

Además de estos deberes específicos contenidos en el artículo 11, se reconoce en el Art. 13 el derecho de participación de los trabajadores y de los organismos paritarios. En su artículo 14 establece la obligatoriedad de someter a los trabajadores a exámenes médicos de preempleo, periódicos y de retiro de acuerdo a los riesgos a los que se encuentren expuestos. Además, contempla la obligación de instalar sistemas de emergencia en caso de desastres, emergencias, incendios y accidentes mayores. Por otra parte se reconoce la obligación de información sobre exposición a riesgos laborales en virtud del reconocimiento del derecho de información de los trabajadores contemplado en el Art. 19.

Como obligaciones especiales se concibe:

- ✓ Art. 15 En empresas de alto riesgo deberá proveerse de servicio médico o de salud en la empresa.
- ✓ Art.22 Mantener confidencialidad de los resultados de exámenes médicos.
- ✓ Art.25 La garantía de protección a trabajadores con discapacidad y con sensibilidad especial.
- ✓ Art.26 Evaluación de riesgos que podría incidir en las funciones de procreación de los trabajadores.

- ✓ Art.27 Adopción de medidas necesarias para evitar la exposición a riesgos que pudieran ser peligrosas durante el período de embarazo o lactancia.
- ✓ Art.28 Prohibición de contratación de menores para actividades peligrosas o insalubres.

3.5.2. Concepto de Infracción en Materia Preventiva

El empleador como deudor del deber de seguridad y salud en el trabajo debe cumplir con el deber genérico de prevención de riesgos laborales, esto es la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. Para esto, las legislaciones desarrollan un catálogo de responsabilidades en caso de incumplimiento. Estas responsabilidades tienen un elemento común, que es que el presupuesto fáctico de todas ellas es el incumplimiento de su deber de prevención. (Valdeoliva, 2008) Las infracciones en Materia Preventiva atienden al incumplimiento de la obligación genérica y de las específicas que son subsumibles dentro del deber de prevención y cuidado. Así, cuando la obligación sea de tipo instrumental publicada mediante una Resolución o Reglamento, la infracción será debido a que es subsumible en la obligación genérica.

Por ejemplo, citaremos el Art. 432 del Código del Trabajo de Ecuador que señala que: *“En las empresas sujetas al régimen del seguro de riesgos del trabajo, además de las reglas sobre prevención de riesgos establecidas en este capítulo, deberán observarse también las disposiciones o normas que dictare el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.”*

En este artículo podemos notar con mayor claridad las obligaciones genéricas y las instrumentales. Las normas que dictare el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no serán obligaciones genéricas, específicas o especiales puesto que las mismas ya se han reconocido en el propio Código de Trabajo, pero si serán obligatorias en la medida que sus infracción es subsumible al deber genérico contemplado en el Art. 410 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, las obligaciones genéricas deben estar contempladas necesariamente en una norma con rango de ley, al igual que las obligaciones específicas, especiales y sus respectivas sanciones a fin de cumplir con la garantía material y formal del principio de

legalidad, sin perjuicio de que se reconozcan normas instrumentales para el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos.

3.5.3. Niveles de incumplimiento y Niveles de Sanción

Los niveles de incumplimiento y los niveles de sanción en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo dependerán de la concepción de cada legislación dentro de la Comunidad Andina, puesto que el mismo Instrumento Andino delega esa facultad en el Art.31 del Instrumento Andino. El Art. 19 del Reglamento al Instrumento Andino señala que:

El Incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, dará lugar a las responsabilidades que establezca la legislación nacional de los Países Miembros, según los niveles de incumplimiento y los niveles de sanción.

Se ha venido citando el Art. 31 del Instrumento Andino que señala:

Los Países Miembros adoptarán las medidas necesarias para sancionar a quienes por acción u omisión infrinjan lo previsto por el presente instrumento y demás normas sobre prevención de riesgos laborales.

La legislación nacional de cada País Miembro determinará la naturaleza de las sanciones aplicables para cada infracción, tomando en consideración, entre otros, la gravedad de la falta cometida, el número de personas afectadas, la gravedad de las lesiones o los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias y si se trata de un caso de reincidencia.

Es imperante volver sobre este artículo puesto que nos da una guía de cómo deben establecerse los niveles de incumplimiento o de infracciones. Para esto utilizaremos los elementos que nos da el Instrumento Andino que son: 1) Infracciones en razón de la

gravedad de la falta, 2) Infracciones en razón del número de personas afectadas, 3) Infracciones en razón de la gravedad de las lesiones, 4) Infracciones por tipo de daño producido o emergente, 5) Infracciones por acción u omisión, 6) Infracciones por omisión o deficiencia en medidas de prevención o 6) Infracciones reincidentes. Además, cada una de estas infracciones debe tener una sanción de la naturaleza que decida cada País Miembro, civil, administrativa o penal. Evidentemente este tipo de infracciones deberán encontrarse tipificadas en deberes genéricos y específicos en una ley, debidamente reglamentados por instrumentos legales de rango inferior.

El propio Instrumento Andino nos da una sanción administrativa aplicable en caso de una violación grave de las normas y que además constituya un peligro inminente para salud, así contempla en el Art. 32:

Cuando una violación grave de las normas vigentes constituya un peligro inminente para la salud y seguridad de los trabajadores, del mismo lugar de trabajo y su entorno, la autoridad competente podrá ordenar la paralización total o parcial de las labores en el lugar de trabajo, hasta que se subsanen las causas que lo motivaron o, en caso extremo, el cierre definitivo del mismo.

Para determinar qué tipo de sanción se debe aplicar a los niveles de infracción es importante reconocer cuál es el interés jurídico detrás del derecho administrativo, del derecho civil y del penal. El derecho administrativo es el encargado de prevenir los ataques más leves a ciertos bienes jurídicos, mientras que el derecho penal sanciona las agresiones más graves contra los mismos intereses jurídicos (Ramirez Torrado: 2010) Así, el objetivo del Derecho Administrativo Sancionador es prevenir actos que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos protegidos, mientras que el derecho penal busca sancionar conductas que dañan gravemente el bien jurídico protegido. Así, cuando se busca prevenir una consecuencia actúa el Derecho Administrativo, configurándose una misión de disuasión en el infractor. En el caso de persistir o reincidir el infractor, el objetivo del Estado se convierte en sancionar y frenar la conducta infractora con mecanismos de mayor

efecto. Como consecuencia, el derecho administrativo “[...] tiene una competencia anterior que el derecho penal, [...]”. (Ramirez Torrado: 2010)

Por otra parte, el Derecho Civil busca reparar o indemnizar a los perjudicados en caso de accidente mortal o enfermedad profesional con resultado de muerte, haciéndose una valoración del daño emergente y el lucro cesante. El Derecho Civil al ser de naturaleza privada no tiene el carácter de sancionador a diferencia del penal y administrativo. El Derecho Civil busca la reparación del daño sufrido por una persona derivada de las acciones u omisiones que otra persona realiza. En comparación con el derecho administrativo, no es de naturaleza preventiva y disuasoria, es únicamente reparadora. Así que para poder exigir una indemnización no debe haber una infracción, sino debe constatarse la existencia de un daño. En caso de fallecimiento de un trabajador, la responsabilidad civil no será de tipo contractual, ya que ésta se deriva únicamente de la relación laboral entre un trabajador y su empleador. De configurarse la muerte, la responsabilidad sería de carácter extracontractual puesto que las personas habilitadas para exigir la reparación de un daño serían los derechohabientes del causante (trabajador fallecido). (Valdeoliva: 2008)

En virtud de esto, se determina la doble naturaleza de la seguridad y salud en el trabajo. En donde la primera es de tipo privada proveniente de la relación contractual entre el empleador y el trabajador. En función del cual el trabajador puede hacer exigible su derecho a un medio ambiente digno de trabajo y el empleador la exigibilidad del cumplimiento de las medidas de seguridad desarrolladas por la empresa. Por otra parte, existe la naturaleza pública al ser la Seguridad y Salud normativa de Orden Social y Pública, mediante la cual el Estado actúa como entidad de regulación y control bajo sus competencias sancionadoras para hacer exigibles los deberes jurídicos.

Dentro de la Comunidad Andina, ninguno de los Países Miembros que se estudian en este trabajo académico ha determinado los niveles de infracción y los niveles de sanción en sentido estricto como se desglosa el artículo 31 del Instrumento Andino. Cada uno de

los Países Miembros tiene dentro de sus legislaciones las infracciones tipificadas en diferentes normas como se estudia a continuación.

3.6. Legislación y sanciones administrativas

El Derecho Administrativo se encuentra vinculado a dos nociones de administración. La primera comprende el estudio de la estructura de la Administración pública, mientras que la segunda noción es respecto al estudio de las actividades de la administración. Entendiéndose por “*Administración*” el “*conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y de prestar los servicios que el Estado atiende.*” (Perdomo: 1994)

Siendo el Estado el garante del ejercicio de los derechos de sus ciudadanos tiene la potestad sancionadora, y el Derecho Administrativo Sancionador no es más que una expresión del *ius puniendi* del Estado. Al ser el ejercicio de la actividad sancionadora, la aplicabilidad de los principios fundamentales del orden penal son de aplicación analógica al Derecho Administrativo Sancionador. Estos principios son recogidos en la Constitución de los Países Miembros y son los que le dan fundamento a la actividad administrativa. (Santos Loyola, 2010) Como consecuencia la justicia administrativa establece la actividad de la administración pública orientada a la satisfacción del interés público y los derechos. Dentro de la materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, la justicia administrativa buscaría preservar el interés público en la preservación del medio ambiente de trabajo y en la prevención de riesgos laborales.

En el caso de fallecimiento de trabajadores en el lugar de trabajo o con ocasión del mismo, el Derecho Administrativo Sancionador busca un efecto disuasivo en el empleador a fin de cumplir con su obligación general de debido cuidado. Como se mencionó anteriormente la responsabilidad objetiva del empleador en caso de fallecimiento de un trabajador la subroga las entidades de Seguridad Social. Sin embargo, de incumplirse con la obligación de afiliación al Seguro Social, el empleador asume esta responsabilidad objetiva.

En Colombia, la obligación de afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales se encuentra recogida en el Decreto Ley 1295 de 1994, de manera que si el empleador incumple con esta obligación será éste el responsable de las prestaciones que concede la entidad. Así dispone el Art. 4 de la Ley 1295:

El Sistema General de Riesgos Profesionales tiene las siguientes características:

e. El empleador que no afilie a sus trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales, además de las sanciones legales, será responsable de las prestaciones que se otorgan en este decreto.

En este sentido, el Estado cumple con su obligación de contar con un sistema de prestaciones otorgado en caso de riesgos profesionales. Sin embargo, si el empleador infringe esta obligación de afiliación, será sancionado con la responsabilidad objetiva y mediante un procedimiento administrativo sancionador.

Así, el Estado puede compensar el daño sufrido, objetivamente, a través de la protección social, con el fin de que el afiliado pueda superar un estado de necesidad provocado por un daño de origen profesional. Esta prestación es una cuantificación previa del daño en base a la valoración que realiza la entidad reguladora y determinará la cuantía del mismo, sin perjuicio de que los derechohabientes puedan completar su protección mediante la vía civil en contra del empleador o el tercer causante. Esta actividad administrativa es reparadora a favor del afiliado. Sin embargo, la Administración al trasladar la carga prestacional al empleador en caso de no afiliación tendrá efectos disuasivos de prevención. En el sentido que funcionará con un carácter indemnizatorio provocando en el empleador el ejercicio de la obligación preventiva. (Valdeoliva, 2008)

Esta misma obligación se contempla en la legislación ecuatoriana, recogido en el Art. 38 del Código del Trabajo que señala:

Los riesgos provenientes del trabajo son de cargo del empleador y cuando, a consecuencia de ellos, el trabajador sufre daño personal, estará en la obligación de

indemnizarle de acuerdo con las disposiciones de este Código, siempre que tal beneficio no le sea concedido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El Art. 158 del mismo Código del Trabajo establece que:

El patrono que, en cumplimiento de esta Ley, hubiere asegurado a los trabajadores al IESS y se hallen bajo su servicio, se les pagará el cien por ciento (100%) de su remuneración el primer mes, y si el período de recuperación fuera mayor a éste, quedará relevado del cumplimiento de las obligaciones que sobre la responsabilidad patronal por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales establece el Código del Trabajo. Pero si éstos se produjeran por culpa grave del patrono o de sus representantes, y diere lugar a indemnización según la legislación común, el Instituto procederá a demandar el pago de esa indemnización, la que quedará en su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que hubiere otorgado por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere.

En materia administrativa, entonces, el incumplimiento a los deberes establecidos en el ordenamiento jurídico es sancionado con responsabilidad administrativa. La responsabilidad puede ser compensada con multas, recargos de cotización de primas a la seguridad social o concesión de prestaciones. Éstas recaerán sobre el empresario puesto que es éste el obligado al cumplimiento de las obligaciones. El derecho administrativo sancionador exige el elemento “culpa” cuando traslada cualquier tipo de recarga a los ciudadanos siempre que no sea parte del régimen de la responsabilidad objetiva de aportaciones.

A continuación se presentan cuadros explicativos de las obligaciones principales en materia de prevención de riesgos laborales dentro de los Países Miembros de la Comunidad Andina, así como las sanciones y la entidad de control que las impone. Es importante notar que en los cuadros siguientes no se han incluido infracciones y sanciones que se encuentren contemplados en normas que carecen de rango de ley, o reglamentarias por remisión

normativa, debido a que consideramos que los sistemas administrativos deben apearse a los principios jurídicos rectores de principio de legalidad, reserva de ley y seguridad jurídica que se han estudiado en este trabajo académico. Por otra parte no se mencionarán los Reglamentos especiales elaborados para ciertos sectores productivos. Ésta identificación de obligaciones será en base a la responsabilidad del empresario en general, el deber de prevención y las obligaciones específicas comunes a todo tipo de empleadores.

Responsabilidad objetiva administrativa en Colombia			
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
COLOMBIA	Ley 1295 Art.4 Art.21 a) Afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales	Obligado a cumplir con las prestaciones a favor del trabajador.	
	Ley 1295 Art.21 b) Trasladar el monto de la cotización a las ARP dentro del plazo (El monto de la cotización se hace dentro de los límites fijados por la ley y de acuerdo a la Tabla de Clases de Riesgos de Art. 26)		
	Ley 1295 Art.21 c) Notificar a la ARP los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales	Ley 1295 Art.91 La falta de notificación o la presentación extemporánea del aviso se sanciona con multa de hasta 200 salarios mínimos.	Ministerio del Trabajo y Seguridad Social
	Ley 1295 Art.23 Mora en el pago de las cotizaciones	La ARP iniciará acción de cobro. El empleador asume los riesgos profesionales	Administradora de Riesgos Profesionales y
	Ley 1429 Art. 65 Constituir el Comité Paritario de Salud Ocupacional		Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

COPASO			
RESPONSABILIDAD SUBJETIVA ADMINISTRATIVA			
COLOMBIA	Código Sustantivo del Trabajo Art.216 En caso de culpa del empleador por AATT o EEPP, está obligado al pago de indemnizaciones.	Indemnizaciones fijadas por el Juez o funcionario de la causa en razón de las prestaciones.	Juez Laboral Ministerio del Trabajo y Seguridad Social
	Ley 1295 Art.91 Si falleciere un trabajador y que se demuestre el incumplimiento de medidas de seguridad y salud.	Ley 1295 Art.91 Multa no inferior a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a mil salarios mínimos legales mensuales. En caso de reincidencia y sin cumplir los correctivos: Suspensión hasta 120 días o cierre definitivo de la empresa.	Direcciones Territoriales del Ministerio de Trabajo.
Tabla No.1 Identificación de los tipos de responsabilidad administrativa en la legislación colombiana. Fuente: Ley 1295, Ley 1429 y Código Sustantivo del Trabajo de Colombia.			

En la tabla No.1 podemos observar la diferenciación entre responsabilidad objetiva y subjetiva que determina la legislación en Colombia por incumplimiento al deber genérico de prevención. Claramente en materia de responsabilidad objetiva se compromete un presupuesto fáctico a una sanción administrativa y debidamente identificada la autoridad competente. De tal manera que la falta de afiliación de los trabajadores, falta o mora en el pago de cotizaciones, la falta de notificación y no haber constituido un comité paritario son hechos que generan una sanción administrativa objetiva. Por otra parte, en cuanto a responsabilidad subjetiva es imprescindible que se pruebe la “culpa” del empleador o se demuestre el incumplimiento para exigir indemnizaciones a favor del empleador. Sin embargo, el deber jurídico se encuentra recogido en la Ley y acompañado de una sanción de tipo administrativo y civil.

El artículo 91 de la Ley 1295 identifica una infracción grave al deber genérico de prevención y ésta es el fallecimiento del trabajador por incumplimiento a las medidas de

seguridad. A esta obligación le asigna una sanción administrativa pecuniaria, sin embargo la reincidencia puede general la sanción más grave prevista en el Art.32 del Instrumento Andino.

Responsabilidad objetiva administrativa en Ecuador			
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
ECUADOR	Código del Trabajo Art.38 Los riesgos del trabajo son por cuenta del empleador cuando no se encuentre afiliado al IESS.	Obligado a cumplir con las prestaciones a favor del trabajador en caso de AATT y EEPP.	
	Código del Trabajo Art.42 31. Afiliar a los trabajadores desde el primer día de labores al IESS.		
	Código del Trabajo Art.148 En caso de AATT o EEPP en caso de trabajo prohibido para menores o por infracciones a las medidas de protección a menores.	Se presume la culpa del empleador. Indemnización superior al doble de la ordinaria.	Ministerio de Relaciones Laborales Jueces de la Niñez y Adolescencia
	Código del Trabajo Art.353 Obligación de indemnización por AATT y EEPP en caso de no afiliación.	Indemnizar en base a las prestaciones.	Ministerio de Relaciones Laborales Juez del Trabajo
	Código del Trabajo Art.369 Si el AATT o la EEPP ocasiona la muerte dentro de 180 días después del suceso.	Indemnización a los derechohabientes equivalente a la suma de cuatro años de salario.	Ministerio de Relaciones Laborales Juez de lo Laboral
	Ley Seguridad Social Art.94 Mora en el pago de aportaciones entendida como culpa del empleador. Cuando ésta haya inhabilitado la concesión de prestaciones a favor del afiliado. Art. 5 Resolución 298 IESS	Pago de perjuicios causados a través de la potestad coactiva. Pago de prestaciones	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

	Art.16 Resolución 298 IESS Si ocurrido un accidente se verifica la inobservancia a normas de prevención.	Responsabilidad patronal Pago del valor de las prestaciones con un recargo del 10% Multa adicional entre 3 a 30 salarios básicos	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
	Art.18 Resolución 298 IESS Falta de notificación de Aviso de AAT y EEPP	Multa equivalente a un salario mínimo	
RESPONSABILIDAD SUBJETIVA ADMINISTRATIVA			
ECUADOR	Código del Trabajo Art. Innumerado (...346) Por inobservancia de las medidas de prevención se ocasionare alguna discapacidad al trabajador.	Multa de diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general. Concesión de prestaciones en caso de la no afiliación o no contar con aportaciones mínimas.	Director del Trabajo Ministerio de Relaciones Laborales.
	Código del Trabajo Art.354 Exención de responsabilidad por culpa grave del trabajador, fuerza mayor, o intención de los derechohabientes.	El empleador debe probar la diligencia del deber de prevención o la culpa grave del trabajador.	Ministerio de Relaciones Laborales Juez de lo Laboral
	Código de Trabajo Art. 369 Obligación de indemnización en caso de fallecimiento por AATT o EEPP, debiendo desestimar la relación de causalidad. Carga de la prueba para el empleador.	Si el fallecimiento es 180 días después del accidente= 2/3 partes de la suma de cuatro años de salario. Si el fallecimiento es después de 365 días y antes de 2 años= 1/2 partes de la suma de cuatro años de salario a los derechohabientes.	Ministerio de Relaciones Laborales Juez de lo Laboral
	Código del Trabajo Art.398 En caso de inobservancia a las obligaciones de seguridad.	Las indemnizaciones tendrán un recargo del 50%.	
	Ley de Seguridad Social Art.158	Pago de indemnizaciones	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

	Responsabilidad Patronal comprobada Si afiliados los trabajadores se produce un AATT o EEPP por culpa grave del empleador.	equivalente al monto de las prestaciones.	
Tabla No.2 Identificación de los tipos de responsabilidad administrativa en la República de Ecuador. Fuente: Código del Trabajo, Ley Orgánica de Seguridad Social de Ecuador, Resolución 298 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.			

En la Tabla No.2 se puede observar el traslado de la responsabilidad objetiva hacia el empleador en caso de incumplimiento a los deberes genéricos de afiliación, mora de aportes, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales ocurridos a menores en ocasión de trabajos señalados como prohibidos. En Ecuador se puede observar que tanto el Código de Trabajo como la Ley de Seguridad Social no establecen un presupuesto de hecho ligado a una sanción específica como en Colombia. El Código de Trabajo únicamente establece la carga indemnizatoria para el empleador en materia de responsabilidad objetiva y remite su cuantificación a la valoración equivalente a las prestaciones debidas por el sistema de Riesgos del Trabajo. De la misma manera, la Ley de Seguridad Social no establece las sanciones impuestas al empleador por responsabilidad objetiva, sino que remite a un cuerpo reglamentario como es la Resolución 298 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, contraviniendo el propio Art.132 de la Constitución de la República sobre reserva legal en materia de infracciones y sanciones.

Por otra parte, en materia de responsabilidad subjetiva la inobservancia a las medidas de seguridad tiene una sanción administrativa y cumple con la composición de una sanción ligada a un deber jurídico. Al igual que en Colombia, se identifica el elemento de “culpabilidad” debido a que la carga del empleador se configura por la evidencia de la negligencia del empleador y de la relación de causalidad.

Responsabilidad objetiva/ subjetiva administrativa en Perú			
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
	Ley No.29783		

PERU	Art.53 El incumplimiento al deber de prevención debe probarse en vía inspectiva la presencia de un daño.		
	Reglamento a la Ley No.29783 Art.94 Para determinarse la responsabilidad del empleador de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador.	Indemnizaciones asumidas por el empleador.	Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo.
Tabla No.3 Identificación de los tipos de responsabilidad administrativa en la República de Perú. Fuente: Ley No.29783 sobre Seguridad y Salud en el Trabajo y Reglamento a la Ley No. 29783			

En Perú, las sanciones administrativas por incumplimiento a los deberes genéricos de prevención es muy particular debido que este es el único país que tiene su propia ley en materia de Seguridad y Salud. Como consecuencia, las obligaciones se centran únicamente en este campo y no se confunde con las potestades sancionadoras de las entidades de Seguridad Social por incumplimiento a los deberes objetivos de afiliación. El incumplimiento a los deberes objetivos de seguridad social se encuentra contemplado en la Ley de Modernización de la Seguridad Social de Perú y su debido Reglamento. Como consecuencia, en materia de prevención de riesgos la responsabilidad del empleador nace por las acciones atribuibles al empleador debiendo probarse un daño generado por vía de inspección.

Como se ha mencionado, los deberes de prevención se encuentran complementados por un catálogo de obligaciones genéricas y específicas, a continuación se presenta aquellas identificadas en cada legislación, junto con las sanciones impuestas por las mismas.

Obligaciones genéricas del empleador en Colombia, Ecuador y Perú			
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
	Estatuto del Trabajo	Obligado a cumplir con	

COLOMBIA	Art.79 [...] 2. Procurar locales apropiados y elementos de protección contra AATT y EEPP, cumplir con las normas de seguridad industrial, higiene en el trabajo y medicina laboral. 3. Prestar primeros auxilios en caso de AATT y EEPP.	las prestaciones a favor del trabajador	
	Código Sustantivo del Trabajo Art. 349 Las empresas con más de 10 trabajadores deben aprobar un Reglamento de Seguridad e Higiene	Código Sustantivo del Trabajo (Subrogado por el Decreto 2351) Art. 486 Los funcionarios del Ministerio podrán imponer multas equivalentes al monto de una a cien salarios mínimos vigentes, según la gravedad de la infracción y mientras ésta subsista.	Oficina Nacional de Medicina e Higiene del Ministerio del Trabajo.
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
ECUADOR	Código del Trabajo Art.42 2. Instalar talleres, oficinas y lugares de trabajo con sujeción a las medidas de seguridad, higiene y PRL. 3. Indemnizar a trabajadores por AATT y EEPP siempre que no cubra el IESS. 17. Facilitar las inspecciones de trabajo.		
	Código del Trabajo Art.365 Asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica en caso de AATT hasta que se declare incapacidad o condiciones favorables. Art.366 Renovación de prótesis	Código del Trabajo Art.435, 436 y 628 Multas de hasta 200 dólares. Suspensión de labores	Ministerio de Relaciones Laborales

	y ortopedia. Código del Trabajo Art.410 Asegurar las condiciones de trabajo y que no presenten riesgos para la salud. Código del Trabajo Art.434 Empresas con más de 10 trabajadores deberán aprobar un Reglamento de Seguridad e Higiene.	Cierre de establecimientos	
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
PERU	Ley No. 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo Art. 1 Deber general de de prevención de los empleadores Art.52 Deber de Información Art.53 Deber de confidencialidad sobre los resultados médicos Art.82 Deber de Información ante el sector trabajo	Ley No.29783 Art. 53 El incumplimiento del deber genera la indemnización a cargo del empleador a favor de la víctima o los derechohabientes.	Ley No. 19981 Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL)
	Ley No.29783 Art. 56 Incumplimiento al deber de prevención		
Tabla No.4 Identificación de deberes genéricos			
Fuentes: Estatuto del Trabajo de Colombia, Código Sustantivo de Colombia, Código del Trabajo de Ecuador, Ley No. 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de Perú.			

Si observamos los deberes específicos en materia de Seguridad y Salud podemos identificar que no existe una redacción sistemática de los deberes específicos, acompañados de una sanción específica. La Ley especial de Perú tiene una mejor recopilación formal, sin embargo no considera tipos de sanción y niveles de infracción. De manera contraria, establece una sanción abierta que será determinada por la autoridad local. En este mismo sentido se ha establecido las sanciones determinadas en la legislación ecuatoriana y colombiana, sanciones generales que serán impuestas por la autoridad de conformidad con el criterio emitido por las mismas.

Obligaciones específicas del empleador en Colombia			
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
Requisitos aplicables a todas las empresas.	<p>Código Sustantivo del Trabajo Art. 57</p> <p>1. Procurar locales adecuados y elementos de protección contra AATT y EEPP en forma que se garanticen <i>razonablemente</i> la seguridad y la salud.</p> <p>2. Prestar inmediatamente primeros auxilios.</p> <p>Art.205</p> <p>1. Prestar primeros auxilios aún cuando el accidente sea por culpa grave de la víctima</p> <p>2. Tener a disposición medicamentos necesarios para la atención de urgencias</p> <p>Art.206</p> <p>Prestar asistencia inmediata médica y farmacéutica en caso de AATT y EEPP.</p>	<p>Código Sustantivo del Trabajo Art. 207</p> <p>Si hay retraso en la asistencia inmediata por culpa del empleador, la sanción es una multa equivalente a cinco (5) veces el salario mínimo diario más alto, por cada día de retardo.</p> <p>Art. 486 (Subrogado por el Decreto 2351)</p> <p>Los funcionarios del Ministerio podrán imponer multas equivalentes al monto de una a cien salarios mínimos vigentes, según la gravedad de la infracción y mientras ésta subsista.</p>	<p>Ministerio del Trabajo</p> <p>Inspectores del Trabajo (pueden instruir)</p> <p>Juez Laboral</p>
	<p>Código Sustantivo del Trabajo Art. 348</p> <p>Suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garantice la seguridad y salud.</p> <p>Practicar exámenes médicos.</p> <p>Adoptar medidas de higiene y seguridad.</p> <p>Las medidas serán en base a la reglamentación que dicte el Ministerio de Trabajo.</p>	<p>Art. 486 (Subrogado por el Decreto 2351)</p> <p>Los funcionarios del Ministerio podrán imponer multas equivalentes al monto de una a cien salarios mínimos vigentes, según la gravedad de la infracción y mientras ésta subsista.</p>	<p>Oficina Nacional de Medicina e Higiene del Ministerio del Trabajo.</p> <p>Inspectores del trabajo (pueden instruir)</p> <p>Juzgado Laboral</p>
	Requisitos	Código Sustantivo del Trabajo	Art. 486 (Subrogado por

aplicables a todas las empresas.	Art.171 Prohibición de trabajo que atente contra la salud de menores de 18 años Prohibición de trabajo de menores como fogoneros, pañoleros, en buques de transporte marítimo Art.242 Trabajos prohibidos para mujeres y menores	el Decreto 2351) Los funcionarios del Ministerio podrán imponer multas equivalentes al monto de una a cien salarios mínimos vigentes, según la gravedad de la infracción y mientras ésta subsista.	Ministerio de Trabajo Inspectores del trabajo (pueden instruir) Juzgado Laboral
	Ley 1429 Art. 65 Constituir el Comité Paritario de Salud Ocupacional COPASO		Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
	Ley 1295 Art.23 Mora en el pago de las cotizaciones	La ARP iniciará acción de cobro. El empleador asume los riesgos profesionales. Ley 1295 Art.91 Multa de hasta 500 salarios mínimos y en caso de reincidencia suspensión de labores hasta 120 días o cierre definitivo.	Administradora de Riesgos Profesionales y
	Ley 1295 Art.21 c) Notificar a la ARP los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales	Ley 1295 Art.91 Multa de hasta 500 salarios mínimos según la gravedad y en caso de reincidencia suspensión de labores hasta 120 días o cierre definitivo.	

Tabla No. 5 Obligaciones específicas del Empleador en Colombia

Fuente: Código Sustantivo del Trabajo, Ley No. 1295 y Ley No. 1429

En Colombia, en relación a las obligaciones específicas del empleador se establece una sanción máxima y se deja un tipo en blanco que será determinado por la autoridad administrativa con la condición que se aplique la sanción en función de la gravedad de la infracción. Los criterios de valoración del concepto de “gravedad” no se ha determinado en

la Ley ni en un Reglamento. Es primordial que la propia ley establezca cuál es el criterio de gravedad, o bien, remitir a un Reglamento Técnico que guía al empleador sobre aplicación priorizada de acciones preventivas y a la entidad de control sobre la aplicación de sanciones. El Art.348 del Código Sustantivo de Colombia establece que las medidas a adoptar serán aquellas que se determinen en función de la reglamentación que dicte el Ministerio de Trabajo. Esta disposición rinde homenaje a la concepción tripartita de la Seguridad y Salud, así como la obligación del Estado Colombiano ratificada mediante el Art. 2 del Instrumento Andino sobre promoción de la prevención por parte del Estado. A través de esta disposición el Estado reconoce la obligación de desarrollar instrumentos técnicos de apoyo para la gestión empresarial dejando su principal función de inspección y control. De tal forma que las obligaciones específicas del empleador nacerán no solo de la Ley, sino de Reglamentos especiales que serán obligatorios y su incumplimiento subsumible al deber genérico y específico de prevención.

Obligaciones específicas del empleador en Ecuador			
PAIS	Obligaciones	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
ECUADOR	Código del Trabajo Art.134 Prohibición de contratación de menores de 15 años.	Art.134 Pagar al menor el doble de la remuneración. Código de la Niñez y Adolescencia Multa doscientos a mil dólares. En caso de reincidencia: Clausura del establecimiento.	
	Código del Trabajo Art.137 Prohibición de trabajo nocturno para menores Art.138 Prohibición de trabajo peligroso o insalubre al menor. Art.139 Límites máximos de carga para adolescentes de	Código de la Niñez y Adolescencia Multa doscientos a mil dólares. En caso de reincidencia: Clausura del	Dirección Provincial de Salud Ministerio de Relaciones Laborales

	quince años y mujeres. Art. Innumerado (...156) Realizar exámenes médicos a trabajadores adolescentes considerando los factores de peligro.	establecimiento.	
ECUADOR	Código del Trabajo Art.386 Denunciar el AATT o EEPP		Inspector del Trabajo
	Resolución No. 390 IESS Art.42 y 43 Dar aviso del AATT y EEPP	No establece sanción	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
	Código del Trabajo Art.397 Proveer de primeros auxilios en todos los casos de AATT.	Art.397 Multa de ocho a cuarenta dólares.	Ministerio de Relaciones Laborales
	Código del Trabajo Art.430 Disponer de Botiquín de Primeros Auxilios	Código del Trabajo Art.435, 436 y 628	Ministerio de Relaciones Laborales
	Código del Trabajo Art.412, 414 Obligación de control sobre la iluminación, humedad, maquinaria, servicios higiénicos, implementos defensivos y preventivos, faja abdominal.	Multas de hasta 200 dólares. Suspensión de labores Cierre de establecimientos	
	Código del Trabajo Art. 415 Condiciones de andamios. Art.416 Prohibición de máquinas en marcha Art.418 Límites para Manipulación Manual de Cargas Art.426 Advertencia de funcionamiento de máquinas. Art.427 Advertencia de riesgo eléctrico.		
	Decreto Ejecutivo 2393 Reglamento de Seguridad, Salud y Mejoramiento del	Art.190 Incumplimiento a disposiciones que no suponga peligro se	

	Medio Ambiente de Trabajo - Establece las condiciones mínimas de seguridad que deben tener todos los establecimientos de trabajo.	amonestará con requerimiento escrito de recomendaciones. En caso de no subsanar, se procederá a procedimiento sancionador. Cierre o suspensión de labores.	
--	--	--	--

Tabla No.6 Obligaciones específicas del Empleador

Fuente: Código del Trabajo, Decreto Ejecutivo No.2393, Resolución No.390 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

En Ecuador, los deberes específicos del empleador son contemplados en su mayoría en dos instrumentos: Código de Trabajo y Decreto Ejecutivo No.2393 Reglamento de Seguridad, Salud y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo. Dentro del Código del Trabajo la normas referentes a la protección contra el trabajo infantil y seguridad y salud de trabajadores adolescentes se encuentra estipulado, sancionado y castiga con mayor severidad al empleador reincidente. En el Art.134 del Código del Trabajo la reincidencia genera una falta grave que es sancionada con la clausula de establecimientos. Asimismo, el Decreto Ejecutivo 2393 en su Art.190 señala que el incumplimiento a las medidas de seguridad contempladas en dicho reglamento se clasifica en función de su peligrosidad. Es decir aquel incumplimiento que no suponga un peligro para los trabajadores se amonestará con recomendaciones escritas. Así, en caso de reincidencia se procederá con el procedimiento administrativo sancionado pudiendo efectuarse el cierre o suspensión de labores.

Obligaciones específicas del empleador en Perú			
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
	Ley No.29783 Art.35 Entregar copia del reglamento Realizar no menos de 4 capacitaciones al año Adjuntar al contrato las recomendaciones de seguridad		Inspectores del Trabajo del

	Brindar facilidades económicas Elaborar un mapa de riesgos Art.36 Organizar un servicio de seguridad y salud en el trabajo		Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
PERU	Ley No.29783 Componentes del Sistema a cargo del Empleador Art.37 al Art.43 • Evaluación Inicial y Línea de base del Sistema •Planificación del Sistema •Evaluación , vigilancia y control •Investigación de accidentes, enfermedades e incidentes •Auditorías periódicas externas •Art. 57 Evaluación de riesgos una vez al año o cuando se modifiquen las circunstancias o se hayan producido daños •Art.58 Investigación de daños a la salud •Art.60 Provisión de EPIS	Ley No.29782 Art.101 En las inspecciones que se identifique aplicación de medidas de recomendación, se ordena este cumplimiento. Comprobación de inobservancia e implicación de riesgo grave: orden de paralización. (No existen sanciones específicas)	SUNAFIL
	Ley No.29783 Obligaciones del Empleador Art.49 •Garantizar la SST •Desarrollar acciones permanentes •Identificar modificaciones y medidas de adopción •Practicar exámenes antes, durante y después de la relación laboral •Garantizar la elección democrática de representantes •Garantizar el trabajo del Comité Paritario •Garantizar capacitación y entrenamiento al momento de la contratación, durante el desempeño, y cuando haya cambios de función.		
PERU	Reglamento a Ley No. 29783	No se establecen	

	Art.25 Implementar un Sistema de Gestión en SST.	sanciones específicas para el incumplimiento de estas obligaciones.	
	Reglamento a Ley No.29783 Art.27 Obligación de formación en materia de PRL a los trabajadores.		
	Reglamento a Ley No.29783 Art.34 Documentar el Sistema de Gestión en SST.		
	Reglamento a la Ley No.29783 Art.38 Conformar un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.		
	Reglamento a la Ley No.29783 Art.74 Empleadores con más de 20 trabajadores deben tener un Reglamento de SST.		
	Reglamento a la Ley No.29783 Art.89 Programa de vigilancia al Sistema de Gestión en SST.		
<p>Tabla No. Identificación de deberes específicos Fuente: Ley No. 29783 sobre Seguridad y Salud en el Trabajo y el Reglamento a la Ley No. 29783</p>			

En Perú, los deberes específicos se encuentran recogidos de forma sistemática, sin embargo las sanciones no son específicas ni van atadas a un nivel de sanción. En el Art.101 de la Ley No. 29783 establece que las inspecciones realizadas en los centros de trabajo deberán generar medidas de recomendación. De forma similar que en Ecuador, se ha determinado la gravedad de las infracciones en función de la implicación de riesgos. Esto quiere decir que si un incumplimiento a un deber específico provoca la exposición a un riesgo grave, la sanción más grave puede ser impuesta y es la paralización de la empresa. Por deducción se podría decir que los criterios de valoración para determinar la “gravedad” de una infracción en Perú es la calificación del riesgo. Sin embargo, no podemos determinar esto puesto que no hay un instrumento técnico reglamentario en este aspecto. En función de lo mencionado es importante que los Estados no determinen únicamente obligaciones y deberes específicos, es fundamental la elaboración de instrumentos técnicos.

Obligaciones especiales del empleador			
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
COLOMBIA	Ley 1295 Art.64 Las empresas de alto riesgo Clase IV y V deberán inscribirse en el Ministerio de Trabajo.	Ley 1295 Art.91 Multa de hasta 500 salarios mínimos según la gravedad.	
	Ley 1295 Art.65 Cumplir con los regímenes de vigilancia epidemiológica y PRL que se dictaren	En caso de reincidencia suspensión de labores hasta 120 días o cierre definitivo.	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Ministerio de Salud
	Ley 1295 Art. 66 Las empresas que trabajen con sustancias peligrosas y cancerígenas deben someterse a los reglamentos de requisitos mínimos que se expidan.		Sanción: Dirección Territorial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Vigilancia: Administradoras de Riesgos Profesionales
	Ley 1295 Art.67 Elaborar un informe de desarrollo de programa y control epidemiológico, remitir a ARP.		Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Administradora de Riesgos Profesionales
	Ley 1295 Art.23 Mora en el pago de las cotizaciones	La ARP iniciará acción de cobro. El empleador asume los riesgos profesionales Art.91 Ley 1295 Multas sucesivas mensuales de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Administradora de Riesgos Profesionales y
	Ley 1429 Art. 65 Constituir el Comité		Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

	Paritario de Salud Ocupacional COPASO		
PAIS	Obligación	Incumplimiento/ Sanción	Entidad de Control
ECUADOR	Código del Trabajo Art.141 Exigir exámenes médicos a mayores de quince años y menores de veintiún años que laboren en canteras. Art.142 El examen debe ser anual. Art.144 Disponer de un registro de este tipo de trabajadores.	Código del Trabajo Art. 628 Multas de hasta doscientos dólares de los Estados Unidos de América.	Ministerio de Relaciones Laborales Director Regional del Trabajo
	Código del Trabajo Art.429 Disponer de suero antiofídico en zonas tropicales o subtropicales	Código del Trabajo Art.435, 436 y 628 Multas de hasta 200 dólares.	Ministerio de Relaciones Laborales
	Código del Trabajo Art. 430 Empresas de más de cien trabajadores dispondrán de Servicio Médico.	Suspensión de labores Cierre de establecimientos	
	Resolución No. 390 IESS Establece los elementos del Sistema de Gestión en Seguridad y Salud que deben cumplir todos los empleadores públicos y privados.	No establece sanciones para la inobservancia o incumplimiento, remite a las normas internas o leyes vigentes.	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Las infracciones administrativas resultan del incumplimiento de cualquiera de los deberes genéricos, específicos o especiales determinados en las tablas anteriores, además de la aplicación de las sanciones previstas para tales por la legislación de cada país. Los países miembros de la Comunidad Andina mediante la obligación de cotización a los Sistemas de Seguridad Social cubren las prestaciones asistenciales y económicas a los afiliados y a sus derechohabientes en caso de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales de los trabajadores. El primer principio de responsabilidad objetiva se contempla cuando existe la

no afiliación a los sistemas de seguridad social, por la inobservancia de esta obligación, automáticamente el empleador asume las indemnizaciones y prestaciones a su cargo.

Por ejemplo, en el juicio laboral que siguió Fausto Cañaz Andrade contra Cervezas Nacionales C.A., la Sala de los Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador y publicado en el Registro Oficial Suplemento 366, el 24 de junio del 2008 con expediente No. 0316-06 señaló que el pago por indemnizaciones ocurridas por un accidente de trabajo o por una enfermedad profesional por parte del empleador son procedentes únicamente en el supuesto en el que el accidentado se encontraba desprotegido por las prestaciones que concede el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social:

En el caso, el actor se encontró debidamente afiliado al ente asegurador, y por tanto, protegido por el paquete prestacional que brinda a sus asegurados, lo que le exime al empleador de responsabilidad al tenor de lo dispuesto en el Art. 353 (ex 359) del Código del Trabajo, encontrándose que el fallo de mayoría impugnado inaplica la norma jurídica mencionada. (Expediente No. 0316-06: 2008)

Por otra parte, en materia de sanciones administrativas, es imperante que la ley fije los deberes jurídicos y las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento, en este sentido se pronunció el Juez Ponente, Dr. Juan Morales Ordóñez de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador mediante Recurso de Casación resuelto el 14 de mayo del 2009 y publicado mediante Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 7. Página 2586. En el recurso de casación planteado por José Emilio Bruzzone Roldón en calidad de Presidente y Gerente General de la compañía BASESURCORP S.A. en el juicio contencioso administrativo contra el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En este caso el Juez señaló que la responsabilidad patronal por indemnización en caso de siniestros se configura cuando no se cumple la obligación de afiliación del asegurado. En este caso el empleador demandó el acto administrativo por medio del cual el IESS impuso una sanción económica a la empresa por pago extemporáneo de aportes además del interés generado. Frente a esto el Juez resuelve:

*Desde esta perspectiva, el Tribunal a quo debió aplicar el ordenamiento jurídico jerárquicamente superior a la Resolución C.I. 010, esto es, la Ley de Seguridad Social y la misma Constitución Política vigente a la época del reclamo, según lo previsto en los artículos 272, segundo inciso, y 273 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 24, numerales 1 y 16 ibídem, garantías básicas del debido proceso que han sido alegadas por el actor, contenidas en las referidas normas que, **en materia administrativa, prevén la necesidad de que la infracción y la sanción estén previstas en una ley, en sentido formal, que no se generen dos procedimientos administrativos sancionadores por un mismo hecho que, en el caso, ya habría merecido una sanción, la multa, satisfecha con oportunidad.***

Como consecuencia, esto nos da un precedente y esto es que en materia administrativa es imperante que exista una infracción y sanción prevista por la ley de tal manera que garantice que una persona no puede ser sancionada dos veces por el mismo hecho, so perjuicio de la reincidencia, evidentemente. Como consecuencia, únicamente los deberes específicos y especiales que se contemplen en una norma con rango de ley serán subsumibles al deber genérico de prevención.

3.7. Legislación y sanciones civiles

Las sanciones civiles nacen del presupuesto de una responsabilidad civil verificada por el Juez. La responsabilidad puede ser de naturaleza precontractual, contractual o extracontractual. Aún cuando se ha planteado una clasificación de la responsabilidad civil, esto no exime que los tres tipos atienden a un objeto de protección común, el daño. Es decir que se busca reparar a la víctima de un daño generado ya sea por un delito o cuasidelito civil. Sin embargo, la diferencia entra la responsabilidad contractual de la extracontractual es que en la primera el responsable y la víctima se encuentran ligados por un negocio jurídico, mientras que en la segunda las partes no tienen vínculo contractual. (Yáñez, 2012)

En materia civil, la legitimación activa para reclamar daños en el caso de muerte del trabajador, tendrían los derechohabientes del causante. Éstos no se encuentran vinculados por vínculo contractual, como consecuencia la única modalidad de responsabilidad que

cabría es la extracontractual. Es por esto, que en este acápite se discutirá únicamente la responsabilidad civil extracontractual por daños.

La responsabilidad extracontractual se configura con el presupuesto fáctico que exista un daño. Por esto, la responsabilidad será delictual o cuasidelictual, es decir que la obligación de reparación tendrá como fuente un delito o cuasidelito civil. En donde el primero será efectuado con dolo y el segundo únicamente con culpa o negligencia como requisitos de imputabilidad. Sin embargo, para los efectos de estudio en materia civil, es indiferente si se estudia el delito o cuasidelito puesto que ambas configuraciones de hechos ilícitos tienen como consecuencia la obligación de indemnizar a la víctima en caso de daños, previa valoración del mismo. Para que opere la responsabilidad civil extracontractual deben concurrir cinco elementos fundamentales: 1) Capacidad delictual del autor, 2) La imputabilidad del autor (dolo o culpa), 3) Hecho ilícito; 4) La existencia de un daño; y 5) Relación de causalidad entre el hecho ilícito, la imputabilidad y el daño. (Yañez Figueroa, 2012)

Cuando se menciona la “Capacidad delictual del autor” se refiere a la imputabilidad de una persona, esto quiere decir la aptitud que tiene la misma para contraer la obligación de reparar un daño. Para determinar la capacidad, es importante volver a las incapacidades absolutas de una persona esto es ser impúber, demente y/o ser interdicto por las causas legales establecidas. En este sentido, la imputabilidad se refiere a que la persona debió cometer un hecho ilícito y además culpable, esto es que se pueda dirigir un juicio reprochable al responsable, el mismo que se puede fundamentar en la comisión dolosa o culposa del hecho. Corral Talciani (2011) citando a Chironi, señala que la “culpabilidad” como elemento de un hecho ilícito es un estado subjetivo de la persona. Este estado puede ser un hecho con la intención de dañar (dolo) o sin la misma (culpa). De tal manera que un “deber” queda descuidado, supuesto en el que se fundamenta la obligación de reparar.

El segundo elemento de la responsabilidad civil extracontractual es, como consecuencia, el “Hecho ilícito”. Para que se configure la responsabilidad es imperante que

se haya manifestado previamente un acto humano. La conducta puede ser positiva (*facere*) o negativa-omisiva (*non facere*). Ésta última se configuraría cuando una persona está obligada a asumir una conducta y no la realiza. Cuando se habla de un “deber” se hace alusión a una posición de garante que asume el obligado de proteger ciertos bienes jurídicos de interés general. Así la ilicitud del acto no se da únicamente cuando se evidencia una conducta positiva, sino cuando el responsable debiendo actuar y pudiendo, no lo hizo. El deber jurídico en materia civil no está ligado al principio de legalidad como en el derecho penal. La posición de garante la asume por vínculos sociales como el control de peligros dentro de su esfera de dominio. La crítica a esta postura es que si bien los deberes no deben ir necesariamente expresados en una ley para configurarse la omisión, se podría poner en riesgo la esfera de libertad de los individuos. (Corral Talciani, 2011)

El hecho ilícito además de ser una consecuencia de la conducta humana debe ser un acto antijurídico. Dado la falta de prescripción expresa de deberes en el ordenamiento jurídico, el análisis de la “ilicitud” del hecho debe hacerse mediante la verificación de una infracción a normas prescritas en el Orden Jurídico, o bien, fundamentado en el principio general que nadie puede hacer daño injustamente a otro *alterum non laedere*. En materia civil, la ilicitud, tiene un concepto genérico y menos concreto, de ahí la imposibilidad de encontrar normas que sancionen toda la esfera de deberes conductuales que no causen daños a terceros. Por esto se exige un cuarto elemento: La presencia de un daño. (Corral Talciani, 2011)

El daño, por principio general, debe materializarse previamente antes de accionar la responsabilidad civil. La doctrina concibe al daño como un detrimento o perjuicio que una persona recibe por culpa de otro. Ahora bien, no todos los daños cometidos serán resarcibles por vía judicial con fundamento en delitos o cuasidelitos civiles. Estos daños deben tener relevancia jurídica, es decir que gocen de la certidumbre que generó un perjuicio, que éste se encuentre estrechamente relacionado al hecho ilícito, que haya sido previsible y subsista. 1) La certeza del daño hace alusión a que el mismo “[...] debe ser cierto, real y efectivo.” (Corral Talciani, 2011) Como consecuencia los daños que sean hipotéticos no son susceptibles de indemnización, sin perjuicio de los daños sobrevinientes

ciertos. 2) El daño debe tener una relación directa con el hecho ilícito: esto quiere decir que solo los daños derivados directamente del hecho serán indemnizados, así, los daños secundarios no generan responsabilidad civil. 3) La previsibilidad del daño es imperante para determinar la responsabilidad y esto es aquellas consecuencias que cualquier hombre debió conocer son efecto directo de la acción dañosa, mientras que las que el hombre medio razonable no pudo prever no serán efecto directo. Finalmente, el daño debe subsistir, esto quiere decir que un victimario no puede ser indemnizado dos veces por el mismo daño, puesto que estaría adecuándose al precepto del enriquecimiento sin causa. Este concepto no se aplica si quien reparó el daño fue el victimario o un tercero sin responsabilidad. Fundamentalmente, se trata de la rebaja del monto indemnizatorio que recibe el victimario si es que el hecho ilícito le hubiera generado lucro. (Corral Talciani, 2011)

Por ejemplo, en materia de accidentes del trabajo las prestaciones legales que recibieren los derechohabientes tienen un carácter indemnizatorio, de tal manera que los herederos no podrían demandar al empleador la misma suma. Sin embargo, podrían ejercer una acción civil en caso que las prestaciones no sean suficientes para la reparación del daño. Así, Corral Talciani (2011) citando a Yzquierdo Tolsada señala que aún cuando *“la causa de la indemnización sea distinta, no puede consentirse en una duplicidad indemnizatoria que provocaría un enriquecimiento injusto de la víctima.”*

Por otra parte, para que el daño sea resarcible éste debe ser de “Magnitud suficiente”. Este elemento podría resultar contradictorio puesto que el principio general es que “todo daño debe ser reparado”. Sin embargo, si entendemos a todo daño como los que sufren a diario las personas, el sistema judicial no tendría abastecimiento para tramitar los procesos civiles que se presenten en la judicatura. Así, existen perjuicios que la sociedad está dispuesta a asumir. Ahora bien, el daño se puede presentar en dos formas, patrimonial y moral. Donde el patrimonial es aquel que supone una pérdida de tipo pecuniaria, y se estudiará el daño emergente (pérdida inmediata en el patrimonio) y el lucro cesante (utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de la víctima de no haberse presentado el daño). El daño patrimonial al ser de carácter objetivo no es relevante la discusión, sin

embargo el daño moral al no ser apreciable en dinero representa una discusión, por lo que es imperante conceptualizarlo.

El daño moral se concibe como una molestia o dolor, sufrimiento que ha producido el hecho jurídico. Esto es una aflicción psicológica que lesiona el espíritu y genera pesadumbre espiritual. (C. San Miguel, 11 de junio de 1998, G.J. N° 216, p. 198; en el mismo sentido C. Sup., 13 de noviembre de 1997, G.J. N° 209, p. 80). El “*pretium doloris*” intenta resarcir un sufrimiento subjetivo que manifieste la víctima del daño. (Corral Talciani, 2011) Ésta será la más común alegada por derechohabientes de un trabajador fallecido como víctimas indirectas.

Una vez entendido el cuarto elemento de la responsabilidad civil, el daño, debemos entender el elemento más complejo de la misma: La relación de causalidad o nexo causal entre el hecho y el daño. Es decir que el ilícito cometido por el autor y el daño provocado en la víctima deben tener un nexo causal, el hecho ilícito debe ser la causa directa del daño. La teoría clásica sobre la relación de causalidad exige ésta como una condición *sine qua non*. Fue propuesta por Stuart Mill y entendida en los tribunales alemanes. Esta teoría clásica “teoría de la equivalencia de las condiciones” parte de la premisa que un resultado dañoso puede darse por la concurrencia de varios factores intervinientes. De tal manera que si el hecho ilícito es una de las condiciones que incidieron en el daño, vale como causa justa para establecer una relación de causalidad y será suficiente para imputar una responsabilidad civil. Sin embargo, para poder identificar la causa dentro de las condiciones concurrentes se utiliza la técnica de “supresión mental hipotética”. Éste procedimiento es un ejercicio que determina si la condición estudiada es la causa directa, si prescindiendo mentalmente del factor, el resultado no se hubiera producido. Así, hasta determinar el factor o condición sin la que el resultado no hubiera sido dañoso, se llega a la causa directa. (Corral Talciani, 2011)

Una segunda teoría respecto a la relación de causalidad es la “Causalidad como adecuación”. La teoría de la causa adecuada sugiere que no todas las condiciones son adecuadas para generar el resultado dañoso, para esto se hace un juicio valorativo sobre si

la condición es adecuada al resultado. Para ser más claros, se debe considerar los hechos que sean cognoscibles para un hombre racional medio y aquellos que podía haber conocido en base a la experiencia general y particular del autor. Este precepto está estrechamente ligado a la previsibilidad del hecho ilícito. Esta teoría, además, recoge ciertos criterios que deben aplicarse como la disminución del riesgo, relevancia jurídica del riesgo y aumento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma. Esto es, si el daño producido fue como consecuencia de una acción que evitó un riesgo mayor no será responsable, si el daño fue producido fuera de la esfera de control del responsable, si se demuestra que aún tomando las precauciones debidas se hubiere producido el daño y si es que el daño se encuentra dentro del ámbito de protección que le obliga el deber jurídico. Por ejemplo, un empleador no deberá indemnizar por un shock psíquico al guardia de seguridad privada que miró a 10 metros de distancia un accidente sufrido en las instalaciones del empleador. Esto quiere decir que los daños secundarios no serán efecto del hecho ilícito. (Corral Talciani, 2011)

En materia de seguridad y salud el hecho ilícito se derivará del incumplimiento del amplio deber de debido cuidado al que se debe el empleador y sus delegados, dado que las obligaciones que se imponen al empresario no son únicamente las previstas de forma expresa. De tal manera que las actividades derivadas de la garantía de seguridad y salud de los trabajadores permitirán con amplitud la adecuación de supuestos a un hecho ilícito que suponga la negligencia, siendo suficiente para atribuir responsabilidad civil extracontractual a favor de los derechohabientes. (Valdeoliva, 2008) Sin embargo, aún si se adopte la teoría clásica o la teoría de la adecuación, es imperante que entre el hecho ilícito y el daño generado a los herederos exista una relación de causalidad. Si es que el daño patrimonial o moral extendido a los derechohabientes se encuentra estrechamente ligado al ilícito cabe la responsabilidad civil extracontractual. Debiendo, evidentemente concurrir los cinco elementos constitutivos de la misma, las características del daño y las propias del nexo causal.

Por otra parte, la responsabilidad civil extracontractual en el derecho moderno ha adoptado una variable de la misma en donde el elemento “culpable” del hecho ilícito no es

parte sustancial de la estructura de la obligación de reparación. Esta es la responsabilidad objetiva civil, obteniendo su nombre debido a la ausencia del elemento subjetivo o volitivo “culpa o dolo”. Si bien en este tipo de responsabilidad civil la culpa no tiene un rol preponderante, es importante que exista un elemento de limitación, de lo contrario la atribución de responsabilidad podría recaer dentro de la discrecionalidad y arbitrariedad del juez. Como consecuencia, la doctrina ha establecido dos teorías principales para la atribución de responsabilidad civil objetiva.

La primera tesis es la Teoría del Riesgo-Beneficio, ésta justifica el fundamento de la responsabilidad objetiva en que el responsable no actúa con culpa pero es beneficiado por la generación de un riesgo que causó el daño. De tal manera que existe un aprovechamiento patrimonial de una actividad, a sabiendas, riesgosa. (Corral Talciani, 2011) Esta es la teoría que acoge la legislación sobre accidentes de trabajo en virtud del beneficio que obtiene el empleador en todo el ciclo de la cadena productiva. Pero esta teoría es insuficiente cuando se observa acciones que no reportan un beneficio pecuniario para el responsable. Como contrapartida existe la Teoría del Riesgo Creado o Agravado, la misma que justifica la responsabilidad civil por el simple hecho de haber generado un riesgo o agravar uno preexistente, prescindiendo del elemento “beneficio”. Esta teoría, sin embargo, ha sido motivo de críticas puesto que podría restringir la libertad de individuos y, como consecuencia, la inhibición de actuar en la empresa. (Corral Talciani, 2011)

En Perú, se ha aplicado en materia de accidentes del trabajo la Responsabilidad Objetiva con la Teoría del Riesgo Creado mediante la cual no se ha exigido la presencia del elemento culpa o dolo, sino únicamente la existencia de un daño y el nexo causal. Así, en la SENTENCIA CAS. N° 1711-2004, mediante la cual la Juez Ponente Paiva Sánchez Palacios, de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, publicada el 25 de agosto del 2005 señala:

[...]en tal sentido, en el presente proceso se advierte que las instancias de mérito al amparar la demanda, sustentan su decisión en base a que se encuentra debidamente

acreditado que el esposo de la accionante falleció cuando realizaba una práctica contra incendios en su centro laboral ordenado por la entidad recurrente, lo cual constituye la actividad riesgosa que prescribe el artículo 1970 del código sustantivo, es decir, la teoría del riesgo creado, en virtud del cual cuando se produce un daño como consecuencia de la utilización de un instrumento o un quehacer riesgoso o peligroso no es necesario determinar la culpa o dolo del agente, sino sólo el daño ocasionado a la víctima, el cual está debidamente acreditado en el caso de autos, por lo que dicha valoración probatoria de las instancias inferiores no pueden ser revisadas por esta corte de casación;”

En este mismo sentido, en la demanda de inconstitucionalidad que planteó el ciudadano Amador Lozano Rada ante la Sala Plena de la Corte Constitucional solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión "cuando el transporte lo suministre el empleador" contenida en el artículo 9 del Decreto Ley 1295 de 1994, dentro de la exposición planteada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia, se especifica que el Sistema de riesgos profesionales en Colombia se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador. Señala que:

“El Legislador acoge en esta materia la teoría del riesgo creado en la que no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio.”

Dentro de este juicio constitucional, en la sentencia dictada el 12 de junio del 2002, el Doctor Álvaro Tafur Galvis (Magistrado Ponente) ratifica lo planteado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y señala que el sistema de riesgos profesionales se basa en la teoría del riesgo creado. Así, para que esta teoría encuentre fundamento en materia de un accidente *in itinere* es imperante que el empleador suministre el transporte, entendiéndose como una extensión de la empresa en donde la misma controla las condiciones de uso y mantenimiento, obteniendo todo el control del riesgo creado. Como consecuencia, la Corte

Constitucional declaro exequible o constitucional la expresión "*cuando el transporte lo suministre el empleador*" contenida en el artículo 9 del Decreto Ley 1295 de 1994.

En Ecuador también se ha reconocido la Teoría del Riesgo Creado, ésta se puede encontrar fundamentada en la sentencia dictada en el Juicio Ordinario No. 290-2003 que por daños y perjuicios siguió Medardo Luna contra AEROSERVICIOS ECUATORIANOS C. A. AECA., la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia con fecha 5 de febrero del 2004 resolvió sobre el concepto de responsabilidad subjetiva y objetiva respecto la pretensión de indemnización por daños y perjuicios. Para esto el Juez plantea la relación de causalidad que debe existir entre la culpa o dolo y el daño producido en el accionante. Es decir que el daño generado sea la consecuencia del dolo o la culpa del querellado. Para esto analiza los artículos 2241 y 2256 del Código Civil que dicen:

Art. 2241.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Art. 2256.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

El juez señala que por regla general cuando estamos ante un caso como este, en la responsabilidad subjetiva del autor se debe probar que éste actuó con dolo o culpa. Ahora bien, existen daños que se producen derivados del propio riesgo de la actividad que se realiza, como aquellas de alto riesgo o peligrosas, en donde será sumamente difícil probar la intención de hacer daño o la negligencia. Para esto, la doctrina ha planteado la reversión de la carga de la prueba "*[...] y dejar que sea el agente del daño el que tenga que demostrar que ha observado todo el cuidado y precauciones necesarias para que no se produzca el accidente que ha ocasionado tal daño, sino que éste ha sido el efecto de fuerza mayor o caso fortuito*" (Juicio Ordinario No. 290-2003: 2004). Es decir se traslada la carga de la prueba al demandado (no a quien acusa), debiendo demostrar que el riesgo existente en su esfera de control ha sido controlado.

Esta teoría fue presentada en el fallo dictado en el Juicio por daños y perjuicios No. 31-2002 seguido por los representantes del barrio "Delfina Torres Viuda de Concha" en contra de Petroecuador y sus filiales en Ecuador. Frente a el Recurso de Casación No. 31-2002, interpuesto en el juicio ordinario seguido por Segundo Patricio Reyes Cuadros como representante legal del Comité Pro Mejoras del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia No. 1 en contra de las empresas Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción. En la sentencia pronunciada por los Doctores Ernesto Albán Gómez, Santiago Andrade Ubidia y Galo Galarza Paz, magistrados de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia se explica la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual atribuida a las filiales por daños patrimoniales generados por la falta de observancia continua a las obligaciones ambientales.

La Sala estableció, en primer lugar, que el fin último de la indemnización es restablecer a los perjudicados el “equilibrio” del que gozaban antes del acontecimiento dañoso. Para esto, la Sala estableció que la responsabilidad civil extracontractual en la legislación ecuatoriana es esencialmente subjetiva. Sin embargo, acoge la Teoría del Riesgo Creado y la Teoría del Riesgo-Beneficio a fin de establecer una responsabilidad objetiva con prescindencia del elemento “culpa”. La Sala señala:

“La multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria, llevó a una lenta evolución de elementos y conocimientos que facilitaron a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no quede desamparada. Esto dio origen a la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios.”

Mediante esta sentencia, el reconocimiento de la responsabilidad civil objetiva se fundamenta en la sola presencia del daño y la relación causal. Esta teoría puramente objetiva (*strict liability* en el sistema anglosajón) encuentra cada vez más acogida en los sistemas jurídicos, sin embargo la mayoría exige el elemento culpable para la configuración de la responsabilidad civil. Dentro de la sentencia dictada en el caso del Comité Delfina Torres Viuda de Concha se analiza la evolución de las fuentes de daños en Colombia, las mismas que son aceptadas por la jurisprudencia ecuatoriana. Advierte que las fuentes capaces de generar daños tradicionalmente son los hechos propios, los hechos de las personas o cosas que están bajo el cuidado de otros (niños, trabajadores, el interdicto, animales, etc) y la ruina de edificios. Por otra parte, las fuentes de daños tradicionales se vieron obligadas a ser estudiadas en el Siglo XX cuando nuevas tecnologías y procesos industriales aparecieron. La modernidad exigió que los daños pueden provenir, además, de actividades peligrosas o de riesgo como naves aéreas, ferrocarriles o la construcción de obras.

Aplicando las teorías de la responsabilidad civil extracontractual puramente objetiva existe una presunción de culpabilidad, lo que obliga al supuesto responsable demostrar los cuidados debidos para evitar accidentes dentro de su esfera de control. Así, la responsabilidad solo podrá ser desvirtuada mediante la comprobación de un eximente como la fuerza mayor, caso fortuito, hecho de terceros o culpa de la víctima. (Preciado Agudelo, 1988). Como se puede observar, tanto Perú, Colombia y Ecuador han reconocido las teorías puramente objetivas de responsabilidad civil y pues ésta la que prima en la Comunidad Andina en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Cabe resaltar que éstas se aplicarán únicamente si existe la pretensión de reparación de daños por parte de los derechohabientes ante un Juzgado Civil.

Finalmente, se han planteado teorías modernas de responsabilidad y ésta corresponde a la responsabilidad preventiva. Este tipo de responsabilidad busca prevenir una amenaza real y cierta de un daño. Para que se configure este tipo de responsabilidad no basta con la expectativa de un daño o que éste sea planteado de forma hipotética, es necesario que las probabilidades de que se materialice la consecuencia sean altas o que se

genere una situación de peligro. Como consecuencia, la amenaza de un daño debe ser clara y haber sido probada. La protección de un ciudadano o colectividad de ciudadanos frente a un daño inminente ha sido reconocido a través de garantías jurisdiccionales de rango constitucional como la Acción de Amparo o Acción Constitucional de Protección (Ecuador) dejando fuera de la esfera civil este tipo de responsabilidad. (Corral Talciani, 2011)

3.8. Indemnización laboral a favor del trabajador

Las indemnizaciones por daños no provienen únicamente por la aplicación del derecho civil, sino pueden tener fundamento en una ley que obligue al responsable. En este caso, la fuente de la obligación de reparación no será el hecho ilícito sino la ley. Por ejemplo, en materia laboral el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia establece en su artículo 216 que:

Art.216 Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.

Esta disposición busca la indemnización hacia las víctimas por los daños sufridos en un accidente de trabajo producido por culpa del empleador. Esta indemnización ha sido contemplada en el Derecho Laboral colombiano bajo el régimen de la responsabilidad subjetiva, sin perjuicio de que se pueda determinar la responsabilidad objetiva prevista en su ordenamiento jurídico. Esta disposición laboral es una causal para que el Estado no asuma las prestaciones e indemnizaciones concedidas por el régimen de Seguridad Social en caso de culpa comprobada del empleador. La Corte Suprema de Justicia ratificó el criterio de la en sentencia del el 12 de noviembre de 1993 No. 5868, así:

“[...] porque nadie puede asegurar su propia culpa..., el genuino sentido de lo dispuesto en los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo,...es el de que el

Instituto de Seguros Sociales no ha asumido, ni racionalmente podrá asumirlo, el riesgo de daño al trabajador que le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo...en cuya ocurrencia se compruebe suficientemente la culpa del empleador.”

En materia de indemnizaciones es pertinente revisar el caso de Alba Mery Deossa Vaso seguido en contra de Mina La Margarita S.A. ventilado en la Sala de Casación Laboral en la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el año 2009. Luis Alfonso Torres Duque, conductor de la empresa la mina La Margarita falleció en un accidente de trabajo y su cónyuge reclama la indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, lucro cesante y daño moral subjetivo tras la muerte de su esposo.

Sucede que el 4 de julio de 2004 se le encomendó al Señor Torres el traslado en su vehículo a varios trabajadores que debían realizar un trabajo de soldadura en un lugar ubicado cerca a la mina. Para poder realizar el trabajo los otros compañeros decidieron conectar un cable a una de las líneas de electricidad, aún notando el ruido que producía el alto voltaje, conectaron la segunda línea. Al notar el riesgo por el ruido que emitía, decidieron no continuar con la tarea y proceder a desconectar los cables. Posteriormente, se dirigieron al lugar donde estaba el conductor Torres Duque, a quien encontraron fallecido puesto que había recibido una descarga eléctrica del cable dejando además el vehículo electrizado completamente. Se evidenció que, el Señor Torres Duque al ver que el cable eléctrico golpeó el vehículo, procedió a mover con una cuchilla una pieza del vehículo a fin de proteger su herramienta de trabajo, hecho que provocó su muerte.

Frente a este hecho, la demandante alegó que el empleador no había instruido a su equipo de trabajadores con procedimientos seguros para realizar el trabajo de soldadura, además no había proveído de equipos de protección personal. Frente a la demanda, la sociedad Mina La Margarita respondió aduciendo que el accidente se produjo por causas que no eran directas ni indirectas de su labor como conductor, así se interpuso la excepción de falta de culpa de la empleadora. Además, señaló que el conductor se encontraba en un

lugar apartado de donde se realizaban las labores de soldadura, resultando imprevisible que a esa distancia pudiera haber ocurrido tal accidente.

En primera instancia el Juzgado Primero de lo Laboral del Circuito de Itagüí condenó a la demandada al pago de a) \$23.073.160,00 por perjuicios materiales a la señora Alba Mery Deossa Vasco, b) \$15.350.574,00 por perjuicios materiales para la menor Maribel Torres Deossa, c) \$10.200.000,00 por perjuicios morales a favor de los accionantes, resolviendo la concurrencia de culpabilidades entre el trabajador fallecido y la empleadora y acogíendose a la teoría de la compensación de culpas.

Habiéndose apelado la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, resolvió que la empleadora tenía “culpa” respecto del accidente de trabajo y decidió incrementar el valor de la indemnización sin aplicar la teoría de compensación puesto que:

La empresa no creó un ambiente sano para que sus trabajadores cumplieran con la labor que se les había encomendado. En primer lugar, dejó de lado dos de las tres propuestas que se le hicieron para llevar a cabo el trabajo porque las consideró costosas y eligió la más barata pero la más peligrosa. En segundo lugar, a pesar de haber elegido la más peligrosa no tomó las medidas de protección necesarias, como sería haber enviado a un especialista en la materia (un ingeniero, por ejemplo) que supervisara la labor; haber proporcionado elementos de protección suficientes, como carretes para llevar el alambre; haber suministrado elementos de comunicación entre los dos grupos, pues estos no se veían ni oían debido a la distancia y a la conformación del terreno; haber instruido a los grupos sobre la forma como debían obrar en el caso de que se presentara un accidente; haber elegido el personal idóneo para cumplir con una misión tan difícil y peligrosa, pero no enviando a un topógrafo y a un minero que nada sabían sobre la energía eléctrica ni sobre la soldadura. En fin, el empleador debió adoptar todas las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente de trabajo, más cuando era previsible y posible que se presentara.

A esto se debe sumar, que el Tribunal Superior sostuvo que los actos del fallecido no desestiman la concurrencia de los elementos para que se califique como un accidente de trabajo. Además señaló que los actos propios del trabajador no se pueden calificar como negligentes o imprudentes por el ejercicio de su profesión, ya que para que esto se configure debe darse una acción grave: *“Solamente cuando se presentara una imprudencia de gravedad excepcional, que no esté justificada por motivo legítimo y comporte una conciencia clara del peligro [...]”*.

Aplicando los preceptos jurisprudenciales antes desarrollados por las Cortes en Colombia mediante las sentencias del 10 de marzo de 2004 No. 21498, del 15 de noviembre de 2001 No. 15755, sentencia del 4 de febrero de 2003 radicado con el No. 19357:

De lo citado se concluye que no se presentará la responsabilidad del empleador de que trata el señalado artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador, pero no cuando en tal insuceso concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo quedó debidamente acreditada la culpa de la empleadora demandada, lo cual no es materia de cuestionamiento en sede de casación, en definitiva no puede operar la compensación de culpas en los términos peticionados en el ataque, ni la reducción en el monto de la condena por la referida indemnización.

En materia de indemnizaciones laborales en Ecuador, el Código del Trabajo prevé las circunstancias en las que el empleador debe indemnizar a los herederos en caso de fallecimiento del trabajador. Se establece en el Art. 353 de este cuerpo legal que:

El empleador está obligado a cubrir las indemnizaciones y prestaciones establecidas en este Título, en todo caso de accidente o enfermedad profesional,

siempre que el trabajador no se hallare comprendido dentro del régimen del Seguro Social y protegido por éste, salvo los casos contemplados en el artículo siguiente.

Todos los trabajadores tienen este derecho a ser indemnizados de acuerdo al Art.350 del mismo Código. Como se observó, en Colombia un eximente de responsabilidad para el pago de indemnizaciones a cargo del empleador es cuando la culpa sea atribuida al accidentado, en Ecuador, la ley establece las causas eximentes de responsabilidad. El Art. 374 establece que *“El empleador quedará exento de toda responsabilidad por los accidentes del trabajo:*

- 1. Cuando hubiere sido provocado intencionalmente por la víctima o se produjere exclusivamente por culpa grave de la misma;*
 - 2. Cuando se debiere a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por tal la que no guarda ninguna relación con el ejercicio de la profesión o trabajo de que se trate; y,*
 - 3. Respecto de los derechohabientes de la víctima que hayan provocado voluntariamente el accidente u ocasionándolo por su culpa grave, únicamente en lo que a esto se refiere y sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.*
- La prueba de las excepciones señaladas en este artículo corresponde al empleador.*

Por otra parte, en Ecuador, la falta de previsión del deber al debido cuidado recarga a favor del trabajador el valor de la indemnización, así determina en el Art. 398 del Código del Trabajo:

Las indemnizaciones determinadas por este título se aumentarán en el cincuenta por ciento cuando el riesgo se produzca por no haber observado el empleador las precauciones que, según los casos, prescriba el Capítulo de "Prevención de los Riesgos del Trabajo", o se especificaren en los reglamentos.

Por su parte, la legislación laboral en Perú, reconoce en el Art.56 de la ley No. 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo que:

El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva.

Como conclusión, las indemnizaciones que debe el empleador al trabajador no tienen como única fuente el daño, sino la verificación de una situación de riesgo al que se expone el trabajador.

3.9. Legislación y sanciones penales

El derecho a seguridad y salud de los trabajadores se encuentra íntimamente ligado al derecho a la salud de los ciudadanos. Puesto que lo que se busca es la garantía de un estado de bienestar físico y mental de la población trabajadora y no trabajadora. La salud es un derecho inherente a la persona humana y garantía de las condiciones dignas de desarrollo. El derecho penal protege la integridad de las personas, así como la salud física y mental a través de las contravenciones por lesiones (Martos, 2008), por otra parte ampara al bien jurídico protegido de la vida, por esto es reprimido con reclusión quien ocasionare la muerte a otro. Por bien jurídico debe entenderse el fundamento que le permite al legislador formular las políticas criminales y el orden legal penal (Roxin, 2009), por ejemplo los delitos contra la vida, delitos contra la integridad física, delitos contra la propiedad, etc.

Habiéndose estudiado el concepto de delito y cuasidelito civil en el apartado anterior, es imperante empezar por este concepto para entender el concepto de delito penal. Patricia Chotzen (2012) citando a Alessandri señala que entre el delito y el cuasidelito civil en comparación con los de naturaleza penal tiene una diferencia fundamental: en el derecho civil el delito y cuasidelito proviene de la configuración de un hecho ilícito doloso o

culpable que causa daño, mientras que el delito penal es un hecho ilícito, doloso o culpable que se encuentra penado por la ley. De manera que el derecho penal busca mantener un orden social y sanciona a aquel que perturbe este orden preestablecido. En este sentido un mismo hecho ilícito puede ser objeto de sanción penal y civil, ya que puede ocasionar daños y encontrarse tipificado como delito en una ley. Asimismo, un hecho ilícito puede constituirse como un delito o cuasidelito civil pero no ser de naturaleza penal. Éste último presupuesto se encuentra con mayor frecuencia debido a que el delito o cuasidelito civil es un presupuesto abierto mientras que un hecho ilícito con naturaleza penal debe gozar de tipicidad y ser un acto antijurídico y culpable. (Chotzen, 2012)

Por otra parte, una diferencia evidente entre delitos y cuasidelitos civiles de los penales es la naturaleza de la pena o la sanción. La pena en el delito civil es únicamente de naturaleza pecuniaria, es decir que afecta al patrimonio de los responsables. La consecuencia en delitos penales afectan a otros derechos del responsable como la libertad y el patrimonio. Asimismo, la sanción penal tutela el interés general del Estado y la sociedad, mientras que la responsabilidad civil busca resarcir el interés de una persona privada únicamente. (Chotzen, 2012)

Habiéndose expuesto los elementos generales diferenciadores de las sanciones penales, es imperante estudiar los elementos de un delito penal. Como se estudio en el apartado anterior los elementos del delito civil, a continuación se estudian los elementos constitutivos del delito: tipo, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. (López Valdez, 2006)

La “Conducta” en un delito corresponde a la externalización de un elemento volitivo, es decir en el comportamiento corporal dentro de un espacio en un momento determinado. Esto es por el movimiento de extremidades, expresión gesticular en el caso de una acción. Mientras que si se habla de una omisión, la conducta se entendería como una “inactividad física” frente a una conducta esperada. El término conducta se debe, además, adecuar de forma objetiva y subjetiva a un precepto legal contenido en la norma penal como una acción nuclear. La conducta puede ser de acción u omisión, con la característica

que ambas son manifestaciones de un *iter* volitivo que se produce en el interior del responsable. La acción consiste en un comportamiento positivo y la omisión en un comportamiento negativo. Asimismo, la acción contradice una norma prohibitiva mientras que la omisión afecta a un deber jurídico de “hacer”. (López Valdez, 2006)

Cuando se menciona el elemento “Tipo” es la descripción que el legislador hace respecto de la conducta. Es la función legislativa quien determina y escoge los comportamientos relevantes para el derecho penal. La tipicidad de las conductas tiene una triple función: 1) selección de comportamientos jurídicamente relevantes, 2) garantía de conocer cuáles son las sanciones reprochables; y 3) una función de expectativa de orden social. Entonces el tipo es la figura descriptiva que el legislador ha dado a las conductas antisociales, penalmente relevantes e incluye un elemento subjetivo de dolo o culpa. (López Vadez, 2006)

La antijuricidad como elemento constitutivo del delito penal significa que la conducta sancionada se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico. Una vez que se presenta la conducta y ésta es subsumible al tipo penal puede generar una consecuencia jurídica como la responsabilidad penal. Si ésta última se manifiesta, nos encontramos frente a una conducta contraria a derecho, de ahí que la acción sea anti jurídica. Esto se relaciona con el elemento “culpable” en el sentido que la conducta reprochable es realizada por un transgresor que comete un ilícito. La comisión del mismo se determina a través de la comprobación de la acción culpable o dolosa. (López Valdez, 2006)

Finalmente, si la conducta es sancionada mediante la imposición de un castigo, quiere decir que la misma es “punible”. Así, el sujeto activo del delito será sancionado con la restricción del ejercicio de un derecho o la privación de un bien jurídico protegido. Esta restricción o sanción debe encontrarse establecida en la ley y ser dictada por un órgano jurisdiccional en ejercicio de la potestad punitiva del Estado. De esto se desprende que la consecuencia que genera la responsabilidad penal es la expresión clara del poder coactivo del Estado. (López Valdez, 2006) Como conclusión un delito es de naturaleza penal cuando concurren los elementos de una conducta culpable, tipificada, antijurídica y punible.

Al ser la responsabilidad penal la sanción más rigurosa dentro del ordenamiento jurídico punitivo, ésta debe ser considerada la última opción, de ahí su carácter de *última ratio*. Asimismo, debería ser la sanción dirigida a las infracciones más graves dentro del catálogo de obligaciones en materia de riesgos laborales. A diferencia de las sanciones civiles, para poder configurarse la responsabilidad penal debe existir el elemento subjetivo de dolo o culpa. (Valdeoliva, 2008) Como se ha explicado, la conducta es subjetiva porque la relación entre la acción y la intención es interna, propia del sujeto activo. Así, “[...] *la intención se expresa en la acción.*” (Martínez Bujan, 2008) Aún cuando la intención se forma en la mente del actor, ésta se hace pública a través del acto cometido. Este acto, además, se encuentra calificado como sancionable en las reglas sociales de convivencia. El dolo constituye un elemento volitivo, es decir, la decisión de vulnerar un bien protegido por el ordenamiento jurídico. Esto significa que el autor del delito mantiene un conocimiento que su acción antijurídica tendrá una consecuencia, su voluntad. Así, si una persona mantiene el dominio de una técnica de su actividad habitual y, como consecuencia, se genera un accidente con resultado de muerte, no se podrá atribuir dolo al menos que se analice el componente “intencional” de su cometido. Esto es lo que dividirá el dolo de la imprudencia o negligencia. (Martínez-Bujan: 2008)

En materia de prevención de riesgos laborales, la obligación contraída por los Estados ha sido la de crear Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, donde existe una participación compartida entre los empleadores, los trabajadores y el Estado. Los empleadores capaces de crear sistemas de gestión corresponderá a personas jurídicas o empresas. En materia penal existe la discusión si las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de un delito punible. Tradicionalmente se ha establecido el principio “*societas delinquere non potest*”, es decir que las personas jurídicas no tienen la capacidad de delinquir. En este sentido se ha mantenido que la responsabilidad penal solo se puede exigir a una persona física, considerada de forma individual. Esta consideración tiene su fundamento en la incapacidad de acción de la persona jurídica por falta del elemento subjetivo. De tal manera que si se admite una responsabilidad objetiva en materia penal se caería en el ámbito de la discrecionalidad judicial. (López Peregrin, 2008)

La tendencia ha sido a cuestionar este principio sobretodo por delitos económicos, tributarios, de cuello blanco o de inteligencia. En materia de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas el orden mundial no tiene la misma tendencia, aunque la gran parte de los países reconocen la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Lo que se ha cuestionado de esta posibilidad es:

- 1) La relación entre la voluntariedad de la sociedad y la de sus acciones, esto es la falta de conciencia y voluntad de una persona jurídica. Esto ha sido debatido con fundamento en la coautoría y la autoría mediata; y
- 2) La culpabilidad: Señala que las empresas *per se* no pueden ser sujetos activos de un delito y consistiría en que la sociedad no ha organizado las actividades de la misma conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico vigente. Así la falta de organización sería el hecho delictivo. (Cuadrado Ruiz, 2008)

La penalización por falta de previsión o acciones dolosas en materia prevención de riesgos laborales no ha sido mayormente estudiada por los doctrinarios y juristas de América Latina, sin embargo en Estados Unidos se ha tratado casos como el expuesto anteriormente The Film Recovery Case. En este mismo sentido se estudió el caso Chicago Magnet Wire Corp. Vs. Fiscalía de Illinois. En primera instancia la Fiscalía inició acción pública en contra de los directivos de la empresa productora de cables por negligencia e incumplimiento a la norma de Seguridad y Salud (OSH Act, 1970). La Corte del Circuito desechó los cargos y frente a este pronunciamiento la Fiscalía apeló. La sentencia de la Corte Suprema de Illinois se pronunció como se expresa a continuación. Cabe resaltar que fue en base a este caso que la misma corte se pronunció en el caso de “The Film Recovery”.

Los demandados, Chicago Magnet Wire Corporation, es una empresa cuyo principal objeto es el revestimiento de cables con varias sustancias y compuestos químicos. Anthony

Jordan, Kevin Keane, Allan Simon, Frank Asta y Gerald Colby son los directivos de la empresa, quienes estaban siendo acusados por conducta negligente. Los cargos se fundamentaron en que los mismos expusieron indiscriminadamente a cuarenta y dos trabajadores a sustancias estupefacientes y venenosas al no instruir a los trabajadores a protegerse frente a los riesgos expuestos, por no dar instrucciones adecuadas de seguridad ni implementar un sistema de vigilancia de la salud. Además, fueron acusados por almacenar sustancias peligrosas sin adecuada ventilación y provocar estrés térmico por calor en el lugar de trabajo. La demanda se fundamentó en una conducta culpable debido a que los demandados conocían la probabilidad de intoxicación en los trabajadores y los riesgos a los que se encontraban expuestos, y a pesar de tener conciencia de estas condiciones se abstuvieron de tomar acciones preventivas.

En la opinión de la Corte, el Juez Ponente Ward estudia si el espíritu de la ley de seguridad y salud era la de contemplar sanciones penales en contra de los empleadores en caso de incumplimiento. Citando el caso *Pratico v. Portland Terminal Co.* (1985) señala que la historia legislativa de la seguridad y salud sugiere que el Congreso Nacional no tuvo la intención de relacionar las obligaciones del deber de prevención con otras sanciones más que las compensaciones a favor del trabajador. Frente a esto además señaló que la Ley de Seguridad y Salud contempla sanciones civiles por daños y algunas sanciones criminales menores, siendo la más severa la prisión de seis meses en caso de que se produzca la muerte del trabajador y se compruebe una acción dolosa. De tal manera que no existe una sanción en caso de que las condiciones de trabajo pudieran generar un daño sustancial a los trabajadores. Sin embargo señala que sería irrazonable concluir que el Congreso haya tenido la intencionalidad de excluir otras conductas punibles a través de la OSH Act, sobre todo aquellas que podrían generar un daño serio en los trabajadores. (Ward, Corte Suprema de Estados Unidos, 1989)

El Juez Ward señaló que no hay una pena específica frente a una conducta que cause daños severos a los trabajadores. De tal manera que es claro que la ley no consideró sanciones criminales apropiadas para conductas dolosas. Concluye, además, que sería absurdo pretender que únicamente las sanciones previstas en la ley de seguridad y salud

sean las únicas aplicables en caso de conductas que amenacen o causen la muerte de un trabajador. (Ward, Corte Suprema de Estados Unidos, 1989)

Además, el Juez Ponente manifestó que las actividades de la Fiscalía en contra de los empleadores que atenten contra los trabajadores a través del incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud buscan asegurar las condiciones dignas del trabajo. En base a esto la Corte revocó la sentencia de la Corte del Circuito y envió para su revisión.

El derecho anglosajón se fundamenta en las reglas creadas por las Cortes dentro de casos relevantes jurídicamente. Sin embargo, el derecho latino se ha fundamentado en el positivismo planteado por Kelsen, la legalidad y tipicidad. En el año 2013 en Uruguay se estudio una ley de responsabilidad penal en caso de accidentes de trabajo, sin embargo ésta fue muy debatida. Uno de los puntos fuertes para la elaboración de la misma era similar al fundamento de la Corte de Illinois en el último caso estudiado. Se planteó que las posturas más rígidas y el endurecimiento de sanciones como prisión generaría la elevación de la conciencia y relevancia de la prevención de riesgos laborales. (Rosenbaum, 2013) La penalización por inobservancia a las leyes sociales o laborales se es una corriente novísima denominada derecho penal laboral. Esto supone la penalización de conductas que supongan incumplimientos del empleador, y se ha extendido la posibilidad de reproducir la responsabilidad sobre los administradores de la empresa, esto con fundamento en que los accidentes del trabajo son, en su mayoría, una deficiencia en la organización empresarial. Esta teoría no ha tenido mayor acogida, entendiéndose que es materia que debe tratarse de forma integral con los sectores involucrados. (Rosenbaum, 2013)

La aplicación de esta corriente se puede ver en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, promulgada el 26 de julio de 2005 en Venezuela. El bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de los trabajadores es el orden socioeconómico. Este sistema punitivo tiene sus características particulares: 1) Los sujetos del delito serán empleador y trabajador. 2) La responsabilidad es personal, es decir que se sanciona a una persona física que actúa como representante de la persona jurídica, 3) Existe la responsabilidad objetiva y presunción de culpabilidad en el tipo penal.

Para la aplicación de esta norma el Ministerio Público de Venezuela creó el puesto de Fiscales Especiales que impulsen este tipo de procesos. (Rossel, 2005)

En Venezuela responsabilidad penal ha sido aplicada en materia de accidentes del trabajo, por ejemplo en la sentencia correspondiente al Expediente No. Exp. N° 97/424 ventilado en el Juzgado Superior Segundo en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, con fecha 27 de enero de 1997, condenó al empleador a cumplir una pena de siete años de prisión por el delito de muerte en accidente de trabajo. El delito se cometió cuando el ciudadano J.E.D. perdió la vida en el año 1992 cuando cayó de una altura de trece metros mientras trabajaba con otros obreros de la empresa mientras reparaba la cubierta de un galpón perteneciente a la empresa. La parte resolutive señala:

El Juez basa su convencimiento en que N.J.H.O. ha debido proveer y garantizar elementos de seguridad laboral para efectuar trabajos por los cuales lo había contratado la empresa y al no cumplir con su obligación jurídica ni deber moral de prevenir los riesgos ni sus consecuencias, lo condenó a cumplir la pena de siete años de prisión, por la comisión del delito de Muerte en Accidente de Trabajo, porque tal situación encuadra dentro de lo previsto en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; el cual dispone que «Cuando el empleador a sabiendas que los trabajadores corren peligro en el desempeño de sus labores, se ocasionase la muerte por no cumplir con las disposiciones ordenadas en la presente ley, serán castigados con pena de prisión de 7 a 8 años...». Por lo tanto, resulta de lo expuesto, que el juez de la recurrido no ha incurrido en la falta de inmotivación alegada por el recurrente, ni en infracción del segundo aparte del artículo 42 del Código de Enjuiciamiento Criminal, pues el Sentenciador analizó y comparó los elementos probatorios, para llegar a establecer la responsabilidad del acusado, por lo que se decide declarar sin lugar la presente denuncia. Así se decide.

Además de Venezuela, Perú tiene tipificado el delito contra las medidas de prevención de riesgos laborales. El tipo fue añadido mediante la publicación de la Ley de Seguridad y

Salud en el Trabajo Ley No.29783 y concebido como “Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales”. Se incorporó en la Parte Final en la Cuarta DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA que señala:

“Incorpórase el artículo 168-A al Código Penal, con el texto siguiente:

*El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, no adopte las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad, **poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años.**”*

Este tipo penal no ha sido aplicado por las Cortes en Perú como ya se ha hecho en Venezuela. Sin embargo, en el resto de países de la Comunidad Andina no existe el reconocimiento de este tipo penal, y más bien parecería que no es la tendencia legislativa a considerar la inobservancia de medidas de prevención como un tipo. Sino más bien que las conductas antijurídicas en materia de prevención de riesgos laborales en caso de fallecimiento de un trabajador podrían ser subsumibles en el tipo penal del homicidio inintencional.

La legislación ecuatoriana mantiene dentro de su derecho penal el respeto por los principios clásicos del derecho penal sobre tipicidad y elemento culpable de la conducta. Aunque contiene innovaciones como la sanción penal a personas jurídicas.

El Código Orgánico Integral Penal reconoce en su artículo quinto los principios procesales del procedimiento penal y reconoce dentro de estos el debido proceso, y el principio de legalidad: “[...] *no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.*” Por otra parte, la ley ecuatoriana no permite la incorporación de tipos penales contenidos en otras leyes o normas del sistema jurídico. Es decir que las infracciones penales son únicamente las que estén tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal. Asimismo reconoce los elementos clásicos del delito en su

Artículo 18: *“Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.”*

La innovación que trajo el nuevo Código Orgánico Penal Integral es la incorporación de sanciones penales a las personas jurídicas. Además reconoce delitos contra el derecho al trabajo y a la seguridad social, es decir protegiendo el orden socioeconómico dentro de la Sección Sexta del Código. Sin embargo, los delitos tipificados son únicamente en el Art. 241 el Impedimento a la Huelga, en el Art.242 el delito de retención ilegal de aportes a la Seguridad Social, el delito por falta de afiliación a la misma Seguridad Social contemplado en el Art.243 y 244. Este último delito tiene una doble sanción, una con carácter personal para el empleador con pena privativa de libertad y una amonestación patrimonial para la persona jurídica.

Siguiendo esta misma línea, el Código Penal de Colombia reconoce los mismos principios de tipicidad en su Art.10 y exige la delimitación clara del tipo penal en la Constitución y la ley. Asimismo contempla los elementos del delito penal a partir del Art.11 del Código Penal, erradica expresamente la responsabilidad objetiva en materia penal en su Art.12, reconoce las conductas dolosas y culpables. El Código Penal Colombiano permite que las penas sean extensivas de forma personal a quienes representan a una persona jurídica y realicen conductas punibles mediante una forma de autoría contemplado en el Art.29. Sin embargo, este Código no contempla el tipo penal contra los derechos del trabajador, sino únicamente sobre el impedimento de la huelga.

4. CAPÍTULO 4 CONCLUSIONES

Después de haber estudiado y comparado las responsabilidades empresariales en razón de la seguridad y salud es importante establecer qué lineamientos se han identificado con el fin de sentar parámetros que permitan una armonización legal en la Comunidad Andina.

Tomando en cuenta que la primera aproximación al derecho a la seguridad y salud en el trabajo dentro del sistema interamericano de derechos humanos nace con el Art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada el 10 de diciembre de 1948, sobre la garantía de las condiciones dignas en el trabajo. La Seguridad e Higiene en el Trabajo *per se* es un Derecho Económico, Social y Cultural reconocido en el Art. 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia DESC, conocido como el Protocolo de San Salvador. Este protocolo fue ratificado por Colombia, Ecuador y Perú. La aplicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales atienden a dos principios fundamentales que deben adoptar los Estados signatarios: principio de protección progresiva y la prohibición de regresividad.

Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo trasladan la aplicación de medidas preventivas y de gestión en materia de seguridad y salud en el trabajo hacia los empleadores. La Decisión 584 del Acuerdo de Cartagena nace como un instrumento de seguridad y salud en el trabajo que estableció las normas mínimas y fundamentales en materia de prevención de riesgos laborales. El objetivo de este instrumento fue ser una base que permita la armonización gradual de las leyes y reglamentos dentro de las legislaciones de cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

El Instrumento Andino reconoce las obligaciones específicas y especiales que se debe exigir a los empresarios y/o empleadores en materia de prevención de riesgos. El enfoque del Instrumento Andino es basado en Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo concebido como la integración de elementos y factores que conduzcan al cumplimiento del deber de prevención buscando la integración de políticas sociales. Sin embargo, la Integración regional en la Comunidad Andina se ha limitado a la circulación de

mercancías, liberación arancelaria e integración comercial. Se ha evidenciado la publicación de Decisiones y Resoluciones en materia de Seguridad y Salud como parte del camino hacia una armonización de políticas sociales, pero el cumplimiento es parcial.

Como efecto de la actividad de policía o de limitación que cumple la Administración Pública, ésta a través de sus delegatarios ejerce la actividad sancionadora del Estado, ya sea en materia civil, penal, o administrativa-laboral. La actividad de control del Estado se encuentra limitada por tres principios fundamentales: la reserva de ley, el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica de sus ciudadanos. Adicionalmente, cualquier conducta que se considere antijurídica no lo es por el hecho de encontrarse contemplada formalmente en una norma, sino porque viene acompañada de una sanción. Como consecuencia de este reconocimiento, tanto Colombia, Ecuador y Perú han reconocido en sus normas supremas que la regulación de infracciones y sanciones destinadas a los ciudadanos serán contempladas en norma con rango de ley.

En materia administrativa la legalidad exige que la ley tenga una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases de sanciones y la cuantía de las mismas, pudiendo ser otras conductas, contempladas en otras normas, subsumibles a los deberes genéricos. Así solo será posible la aplicación de sanciones preestablecidas en la ley y por la autoridad competente para aplicar las mismas. En materia penal se debe cumplir con la previsión legal exacta de la conducta antijurídica y punible, así como de la sanción restrictiva de derechos, la pena será establecida por el Juez Penal competente.

Perú y Colombia tienen elevado a nivel de rango de ley su propio Sistema de Gestión de Riesgos Laborales, sin embargo éstos no se encuentran instrumentados en normas complementarias que reconozcan la recomendación contenida en la Resolución 957 de la Comunidad Andina. Por su parte Ecuador, no tiene reconocido el Sistema de Gestión de Riesgos Laborales en una norma con rango de ley, pero se encuentra debidamente instrumentado en la Resolución No. 390 y No.333 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Éste último ha reconocido todos los elementos contenidos en los instrumentos comunitarios.

Por esto, es importante que cada uno de los Países Miembros elabore y publique una Ley especial para la protección de los trabajadores y sobre las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Será únicamente a través de una norma con rango de ley que se logre integrar los elementos esenciales para la promoción de las condiciones dignas del trabajo. La ley será una herramienta de conciliación de intereses de los intervinientes en los Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud, por una parte se reconocerá las obligaciones que debe cumplir el empleador, así como las sanciones a las que está expuesto. Ésta no será únicamente un método de garantía para la seguridad y salud de los trabajadores y como método de exigibilidad de sus derechos, sino un mecanismo de garantía formal y material para el empleador en función de la seguridad jurídica. Esta ley debe contemplar como mínimo los deberes genéricos, específicos y especiales, además de los tipos de infracción y sanción.

Los lineamientos que se han identificado debe contener una Ley especial de Seguridad y Salud son:

Protección progresiva y no regresiva de la Seguridad y Salud en el Trabajo: En virtud de los principios rectores de los DESC es imperante que todos los países miembros establezcan dentro de sus sistemas jurídicos herramientas legales que garanticen el ejercicio de su derecho, así como la exigibilidad del mismo. Estas herramientas no se pueden agotar en el mero reconocimiento formal de un derecho sino en establecer un mecanismo de exigibilidad como los servicios de inspección y de control. Sin dejar de lado que la obligación del Estado debe concebirse de forma gradual en el tiempo, de forma consistente y atendiendo a su propia realidad económico-social. Es imperante que el primer lineamiento en las legislaciones sea la protección progresiva de la seguridad y salud. Frente a esto, no se puede desconocer que es el Estado quien adquiere la posición de garante frente a los ciudadanos y ratifica la obligación de adoptar medidas legislativas. Este elemento se puede satisfacer con la implementación de programas gubernamentales técnicos y de asesoría, debiendo instruir gradualmente al empleador para asegurar el cumplimiento. No debemos confundir el deber de garante del Estado con el reconocimiento de sanciones y entidades de inspección.

Principio de Eficacia, Coordinación y Participación: Se encuentran íntimamente ligados a la política nacional de los Estados. Esto es el reconocimiento del derecho a la seguridad y salud como fundamental en la política nacional a través de la identificación de entidades públicas encargadas y responsables de elaborar directrices o recomendaciones. El principio de coordinación supone la interacción institucional con planificación adecuada para exigir y hacer exigible los programas de prevención. La participación supone la consideración de actores incluyendo actores públicos y privados, empleadores y trabajadores.

Acciones de priorización para sectores de alto riesgo y grupos vulnerables: De acuerdo al Art.10 sobre el Derecho a la Salud dentro del Protocolo de San Salvador (DESC) se ratificó la decisión de los Estados de garantizar el derecho a la salud de las poblaciones priorizando las acciones por sectores de alto riesgo y grupos vulnerables. Por lo tanto este criterio de debería utilizar para la formulación de políticas de acción y control en medidas de seguridad y salud, así como para establecer niveles de infracción.

Autoridad competente y principio de legalidad: Es indispensable identificar la autoridad local con potestad sancionadora en materia de prevención de riesgos laborales y elaborador de normas técnicas. Este supone la doble garantía material y formal para los actores sociales, asimismo elimina un posible conflicto de competencias y la doble sanción a un actor por un mismo hecho.

Niveles de Infracciones, Sanciones y reserva legal: Todas las infracciones en materia de prevención de riesgos deben encontrarse previstas en una norma con rango de ley y acompañadas de una sanción prevista. De conformidad con el Art.31 del Instrumento Andino la clasificación de los niveles de infracción se debe hacer de acuerdo a la estimación del riesgo creado. Mientras que la calificación de las sanciones deben atender a cuatro criterios fundamentales: 1) gravedad de la falta, 2) número de personas afectadas, 3) gravedad de las lesiones y daños generados o estimados; y 4) infracciones reincidentes.

Determinación del tipo penal: Si los Estados Miembros reconocen la penalización por inobservancia a las leyes de orden social como la prevención de accidentes es imperante que exista un tipo penal que respete los elementos constitutivos del delito: tipo, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. Éste debe ser contemplado en una ley de forma expresa y cerrada, no debiendo ser un tipo abierto que pudiere dar a lugar una responsabilidad objetiva. Además, debe ser considerada como la última opción por su carácter de *ultima ratio*.

Acciones de reparación y mecanismos de garantía: Toda ley especial debe contar además con los mecanismos de garantía con los que cuentan los actores. Esto es las acciones de reparación que tienen los afectados tanto ya sea empleador o trabajador. Por ejemplo, ¿qué sucede si un empleador es sancionado con una infracción/sanción que no está contemplada en la ley? Esto se encuentra solventado con las acciones administrativas. Por lo tanto, éstas deberán estar contempladas en una norma con rango de ley y debidamente instrumentadas en un reglamento.

Reparación de daños a favor de los afectados: En materia civil y de indemnizaciones laborales, el empleador tiene responsabilidad objetiva en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional. En Colombia, Ecuador y Perú se ha aceptado mayormente la Teoría del Riesgo-Beneficio y la Teoría del Riesgo Creado-Agravado, no debiendo demostrarse el elemento subjetivo sino únicamente la existencia de un daño y el nexo causal con el trabajo. A diferencia de esto, en materia administrativa y penal es imperante que se pruebe el elemento subjetivo del empleador a fin de poder atribuir responsabilidad del mismo, esto es la intención de causar daño o la negligencia o falta a su deber de cuidado.

Sistema de gestión de prevención: El enfoque de la política de los Estados debe estar desarrollado en función de un concepto de Sistema de Gestión. Es decir de elementos, actores y entidades interrelacionadas para lograr el mejoramiento del medio ambiente de trabajo a través de procesos, procedimientos, memorias técnicas, elaboración de guías, recomendaciones, etc. El sistema de gestión debe funcionar como un elemento de competitividad en el mercado, sin descuidar el principio de progresividad y su gradualidad.

Aseguramiento de los riesgos profesionales: Es indispensable que cada País Miembro cuente con entidades, ya sea públicas o privadas, que regule las prestaciones por incapacidad o muerte del asegurado.

Normalización Técnica: E virtud del Instrumento Andino, es imperante que los Estados en su condición de garante emita normas técnicas para el cumplimiento de la política de seguridad y salud, respetando de forma integral el principio de cooperación. La normalización técnica son obligaciones instrumentales que soportan el campo de acción de los empleadores y trabajadores.

4.1. Limitaciones del Estudio

Dentro de este estudio se presentaron tres limitaciones fundamentales: La primera corresponde a la poca jurisprudencia existente en la Comunidad Andina. Esto nos da un indicador que no muchos conflictos llegan a ser tratados ante un Juez. Como consecuencia, la interpretación de conceptos fundamentales no es extensiva sino muy restrictiva. Esto nos ha obligado a utilizar interpretación por analogía en la mayoría de los casos estudiados. Adicionalmente, no existen instrumentos técnicos de soporte elaborados y/o validados internamente por los Países Miembros. Así que no hay fuentes secundarias que nos ayude a la aclaración de conceptos en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo desde un punto de vista legal.

Colombia, Ecuador y Perú han reconocido algunos de estos lineamientos como se ha observado a lo largo de esta investigación. Sin embargo, no se encuentran recogidos de forma sistemática y estructurada en una norma, esto es una segunda limitación. Es indispensable que estos principios se recojan en su totalidad y no de forma parcial, ya que carecería de legitimidad y entorpece el conocimiento de obligaciones por parte del empleador. Los lineamientos que debería tener las legislaciones de cada País Miembro se encuentran dados en la norma comunitaria, sin embargo no se adoptado en su totalidad

como exhorta el Instrumento Andino y su Reglamento. La búsqueda del reconocimiento de los principios generales y normas fundamentales se dificulta para el investigador, precisamente debido a la dispersión jurídica existente en los Países Miembros. El excesivo uso de Resoluciones dentro de los Países Andinos dificulta la comprensión certera de los Sistemas de Gestión.

La tercera limitación, es la falta de publicaciones elaboradas por las entidades públicas en los Países de la Región. Existe muy poca investigación jurídica en este campo y en el control estricto de la legalidad de los instrumentos.

4.2. Recomendaciones para futuros estudios

Para elaborar un estudio comparativo de las responsabilidades del empleador en la Comunidad Andina es importante que se incluya dentro de la investigación la percepción de informantes clave. Esto para determinar la brecha que existe entre los instrumentos publicados en los Países Miembros y su aplicación correcta. Es indispensable contar con la percepción y/o dirección de un grupo de juristas especializados en materia de Derechos Humanos, asimismo en materia de Derecho Administrativo, Civil y Penal. La integración de las materias mencionadas, así como de las recomendaciones técnicas en Seguridad y Salud en el Trabajo permitirá al investigador obtener un resultado más detallado.

Adicionalmente, un gran aporte para un trabajo de investigación sería obtener estadística de cuántos accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se resuelven en vía administrativa y cuántos conflictos escalan a instancias judiciales. Esto nos dará una pauta para determinar la importancia de homologación en conceptos jurídicos desarrollados por la Función Judicial.

Tomando en consideración que se cuente con la información descrita en los párrafos anteriores es indispensable que la revisión de legalidad a los instrumentos en la Comunidad Andina se efectúe. La revisión legal y constitucional debe hacerse a través de las entidades de revisión como Cortes Constitucionales. Como recomendación para revisión integral de

los Sistemas de Gestión en los Países Miembros de la Comunidad Andina es una elevación de consulta al órgano máximo de interpretación constitucional. Dentro de este momento se deberá determinar la naturaleza y rango de una norma que debe regir en materia de control y garantía para el Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo.

Este proceso de consulta, además, nos ayudará a tener una aproximación más certera sobre la adecuación de la norma recogida a los principios internacionalmente reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por los Estados Miembros. Una vez que se obtenga esta repuesta se puede homologar criterios que ya se encuentran, de forma mínima, recogidos por los países andinos.

Finalmente, resultaría de mayor aporte elaborar mesas de discusión y grupos focales con representantes de las entidades de control y asociaciones interesadas para obtener una perspectiva social de la carga obligacional y responsabilidades que existe en los Países Miembros.

5. REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) 217 A (iii). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Arce Ortiz, Elmer Guillermo. (2006) Responsabilidad empresarial en la legislación peruana en *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Pallestra Editores.
- Barros Bourie, Enrique. (2010) *Regímenes especiales de responsabilidad. En Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
<http://app.vlex.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#sources/5748>
- Chotzen, Patricia. (2012) *Comparación de la Responsabilidad Civil Extracontractual con la Responsabilidad Penal*. En: Yañez Figueroa, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Corral Talciani, Hernán. (2011) *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuarto Informe Periódico de Colombia sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución (E/C.12/4/Add.6). Sesiones 61^a y 62^a. 14 de noviembre de 2001.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuarto Informe Periódico de Colombia sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución (E/C.12/2001/SR.61 y 62). Sesiones 85^a y 86^a. 29 de noviembre de 2001.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Segundo Informe Periódico de Ecuador sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución (E/1990/6/Add.36). Sesiones 15ª, 16ª y 17ª. 5 y 6 de mayo de 2004.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Segundo Informe Periódico de Ecuador sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución (E/C.12/2004/SR.15 a 17). Sesión 29ª. 14 de mayo de 2004.

Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª Reunión. *Informe VI: Actividades Normativas de la OIT*. <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-vi.pdf>
Fecha de acceso: 17 de junio del 2014.

Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. *Informe IV: Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo*. <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iv-1.pdf> Fecha de acceso: 17 de junio del 2014.

Freyssinet, Jacques. (2004) Unión Económica Regional y Política del Empleo: El caso de la Unión Europea. Pág.125 a 148 en Fujii, Gerardo y Santos M. Ruesga (Coord.). *El trabajo en un mundo globalizado*. Madrid: Ediciones Pirámide.

Fujii, Gerardo y Santos M. Ruesga (Coord.). (2004) *El trabajo en un mundo globalizado*. Madrid: Ediciones Pirámide.

Garzón Valdés, Ernesto (Ed.). (1996) *El Derecho y la Justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Editorial Trotta Consejo Superior de Investigaciones Científicas

Humeres Nogue, Héctor. (2010) *Los accidentes de Trabajo y las enfermedades profesionales en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* Tomo III. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. <http://app.vlex.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#sources/5792>

López Peregrin, Carmen. (2008) *La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 Cp, once años después*. En: Muñoz Conde, Francisco (Director). *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

López Valdez, Marco Antonio. (2006) *Teoría del Delito*. En: Iuris Tantum. Universidad Anahuac México Norte. México: Número 16,. Pp.142-153.

López Varcárcel. (1996) *Seguridad y Salud en el Trabajo en el Marco de la Globalización de la Economía*. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Lima.

Matovelle Zamora, Ángel. (1992) *La dinámica de la industrialización*. Instituto de Investigaciones Económicas. Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Martos Nuñez, Juan Antonio. (2008) *La protección penal del derecho a la salud*. En: Muñoz Conde, Francisco (Director). *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Muñoz Conde, Francisco (Director). (2008) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Observaciones trabajo Infantil en Bolivia

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMM_ENT_ID:2700546:YES Fecha de acceso: 17 de junio del 2014

Parada Vásquez, José Ramón. (2004) *Derecho Administrativo I: Parte General*. Madrid: Editorial Marcial Pons. Decimoquinta Edición.

Parra Vera, Oscar, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Martín. (2008) *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. San José de Costa Rica: Instituto Americano de Derechos Humanos.

Pasten de Hishihara, Gloria. (2008) *Tendencias actuales del derecho del trabajo. Relación de dependencia, descentralización productiva y nuevas formas de contratación*. Revista Principia Iuris. Colombia: Universidad Santo Tomás. Núm. 10.

Preciado Agudelo, Darío. (1988) *Indemnización de perjuicios. Responsabilidad civil contractual, extracontractual y delictual*. Tomo II. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Ramirez Torrado, María Lourdes. (2010) *Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano*. Colombia: Estudios Socio-Jurídicos. Editorial Universidad de Rosario. Último número: Núm. 12-1.

Rivas Vallejo, Pilar. (2009) *El Empleador y su deber de prevención*. En: *Derecho de la Prevención y los Riesgos Laborales*, España: Editorial Bomarzo.
http://app.vlex.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#WW/search/content_type:4/deber+de+prevenci%C3%B3n/p2/vid/343541438

- Roxin, Claus. (2009) *El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual*. En: Maier, Julio y Gabriela E. Córdoba (Comp.). *¿Tiene futuro el derecho penal?* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Rosenbaum Rimolo, Jorge. (2013) *Uruguay. Proyecto de ley sobre responsabilidad penal por accidentes de trabajo*. En: Uruguay: Revista Científica Equipo Federal del Trabajo. Número 98.
- Rossel Senhenn, Jorge. (2005) *Responsabilidad penal que se deduce de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo*. En: Revista del Derecho del Trabajo. Venezuela: Fundación Universitas. Número 28. Pp. 575-594.
- S. Morey, Richard. (1973) *The General Duty Clause of the Occupational Safety and Health Act of 1970*. Boston: Harvard Law Review, Vol. 86, No. 6, pp. 988-1005
- Santos Loyola, Carlos. (2010) *Modernizando el Estado para un País Mejor*. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores. <http://app.vlex.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#sources/6117>
- Valdeolivas, Yolanda. (2008) *El modelo de responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos laborales*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Núm.28. Madrid: Editorial Dykinson.
- Vidal Perdomo, Jaime. (1994) *Derecho Administrativo*. Novena Edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Yañez Figueroa, Gonzalo. (2012) *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile

Legislación y Normativa Internacional

Colombia. (2000) *Ley No. 599. Código Penal.*

Colombia. (1961) *Código Sustantivo del Trabajo.* Decreto 2663 de 1950 y Decreto 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961.

Colombia. (1991) *Constitución Política de Colombia.*

Colombia. (1994) *Decreto Ley 1295 Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.*

Colombia. (1993) *Ley 100 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial No. 41.148.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. (1977) *Convenio Núm. 148 sobre la "Protección de los Trabajadores contra los Riesgos Profesionales debidos a la Contaminación del Aire, el Ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo.* Ginebra.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. (1981) *Convenio Núm. 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores.* Ginebra.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. (1947) *Convenio Núm. 081 sobre la Inspección del Trabajo.*

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. (1969) *Convenio Núm.129 sobre la Inspección del Trabajo (Agricultura).*

Decisión 584 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (2004).
Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, 07 de mayo de 2004.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948) .Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia.

Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo. (1944)
Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Filadelfia: 10 de mayo.

Ecuador. (2008) *Constitución de la República del Ecuador*.

Ecuador. (Codificación 17) *Código del Trabajo*. Publicación de la Codificación, Registro Oficial Suplemento 167, 2005.

Ecuador. (2014) *Ley 0 Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180, mayo.

Ecuador. (1986) *Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo*. Decreto Ejecutivo 2393. Registro Oficial 565.

Ecuador. (2001) *Ley 55 Ley de Seguridad Social*. Registro Oficial Suplemento 465

Ecuador. (2011) *Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo*. Resolución del IESS 390. Registro Oficial Suplemento 599.

Ecuador. *Reglamento del Sistema de Auditoria de Riesgos del Trabajo*. Resolución del IESS 333. Registro Oficial Suplemento 319.

Pacto de San José de Costa Rica. (1988) *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de San Salvador. El Salvadorl, 17 de noviembre de 1988.

Secretaria General de la Comunidad Andina. (2005) *Reglamento al Instrumento Andino sobre Seguridad y Salud en el Trabajo*. Resolución No. 957. Fecha 23 de septiembre del 2005.

Perú. Ley No. 29783. *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*. 20 de agosto del 2011. Publicado en el El Peruano.

Perú. Ley 28806. *Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador*. Decreto Legislativo No. 910. 16 de marzo del 2001.

Perú. *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*. Decreto Supremo N° 003 97. 27 de marzo de 1997.

Perú. *Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Publicado en El Peruano el 25 de abril del 2012.

Perú. *Constitución Política de 1993*.